

UNIVERSITÉ DE PARIS. — FACULTÉ DE DROIT

DE
LA COMPENSATION

DES CRÉANCES DANS LA FAILLITE

ou la Liquidation judiciaire

THÈSE POUR LE DOCTORAT

L'ACTE PUBLIC SUR LES MATIÈRES CI-APRÈS

Sera soutenu le vendredi 27 octobre 1899 à 8 heures

PAR

FRANCIS COTTANCE

Président : M. THALLER,

Suffragants : { MM. BOISTEL, } *Professeurs.*
 { IYON-CAEN, }

PARIS

LUCIEN MARPON, IMPRIMEUR-ÉDITEUR

128, RUE D'ALÉSIA, 128

1899

THÈSE
POUR LE DOCTORAT

La Faculté n'entend donner aucune approbation
ni improbation aux opinions émises dans les thèses,
ces opinions doivent être considérées comme propres
à leurs auteurs.

UNIVERSITÉ DE PARIS. — FACULTÉ DE DROIT

DE
LA COMPENSATION

DES CRÉANCES DANS LA FAILLITE
ou la Liquidation judiciaire

THÈSE POUR LE DOCTORAT

L'ACTE PUBLIC SUR LES MATIÈRES CI-APRÈS

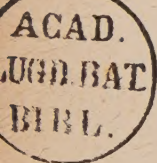
Sera soutenu le vendredi 27 octobre 1899 à 8 heures

PAR

FRANCIS COTTANCE

Président : M. THALLER,

Suffragants : { MM. BOISTEL, } Professeurs.
LYON-CAEN, }



PARIS

LUCIEN MARPON, IMPRIMEUR-ÉDITEUR

128, RUE D'ALÉSIA, 128

1899

DE LA COMPENSATION

des Créances dans la Faillite

ou la Liquidation judiciaire

INTRODUCTION

Notre sujet se réfère à deux institutions juridiques d'ordre différent, la Compensation et la Faillite.

La Compensation, institution de droit commun est envisagée dans notre législation comme un mode d'extinction des obligations. C'est l'extinction conventionnelle, judiciaire ou légale, de deux créances distinctes qui, se trouvant, chacune à un moment donné, au patrimoine de deux personnes à la fois créancières et débitrices l'une de l'autre, se balancent et s'annulent mutuellement jusqu'à concurrence de leurs quotités respectives.

La faillite est chez nous du moins, une institution de pur droit commercial : elle s'applique aux seuls commerçants et à raison seulement de leurs dettes commerciales. C'est l'état judiciairement constaté d'un commerçant qui a dû cesser ses paiements. Elle entraîne pour celui qui en est l'objet des déchéances nombreuses, dont l'une, — et des plus importantes, consiste à lui enlever l'administration de ses biens pour la remettre aux mains d'un administrateur désigné en dernier ressort par les créanciers dont les droits sont en péril.

L'un des principaux traits de cette institution est de soumettre à une commune mesure toutes les créances prétendues contre le failli, et l'on peut dire que son but primordial, est d'établir autant que faire se peut l'égalité entre les créanciers.

La Compensation, elle, ne connaît pas et n'a point à connaître de ces délicatesses ; elle n'a pas comme la faillite à régenter des appétits nombreux et contradictoires ; elle tend uniquement à la satisfaction de deux créanciers, par l'apurement de leur compte à raison de créances réciproques.

On peut donc se demander si l'entrée de la compensation dans la faillite (ou la liquidation judiciaire, faillite atténuée) n'est pas susceptible d'amener des inégalités choquantes, de séparer de la masse commune, certains créanciers en créant à leur profit un privilège injustifié, — si en un mot, son admission

en faillite ne va pas contre le but même de cette institution.

Pour être à même d'étudier cette dernière question, il est nécessaire d'exposer auparavant ce qu'est en elle-même la Compensation. Nous verrons en effet, qu'on peut être porté à admettre la Compensation dans la faillite, ou au contraire à l'en écarter, suivant qu'on donne à la Compensation tel ou tel fondement juridique.

Nous consacrerons donc notre première partie à l'étude de la Compensation. Nous étudierons dans une seconde partie, l'influence que peut avoir sur elle la faillite.

DE LA COMPENSATION

DES CRÉANCES

DANS LA FAILLITE OU LA LIQUIDATION JUDICIAIRE

PREMIÈRE PARTIE

DE LA COMPENSATION

La Compensation suppose la co-existence de deux créances distinctes qui se neutralisent mutuellement jusqu'à concurrence de leurs quotités respectives.

Pour bien comprendre le mécanisme de la Compensation, il faut analyser la situation de fait de nature à en permettre l'exercice.

La Compensation suppose d'abord la co-existence de deux créances, mais ce fait à lui seul n'est pas suffisant pour permettre la Compensation

Que l'on suppose en effet deux créances absolument indépendantes l'une de l'autre, deux créances dont les éléments subjectifs, créanciers et débiteurs n'aient entre eux aucun lien, il est clair que la seule

coexistence des obligations ne saurait avoir aucune influence sur la destinée de chacune d'elles. Si, par exemple, Primus est créancier de Secundus pour cause de prêt, et si Tertius d'autre part se trouve à un titre quelconque débiteur de Quartus, le fait de la coexistence de ces deux liens de droit, n'a par lui-même, aucune conséquence au point de vue juridique : Primus a et garde dans son patrimoine une créance contre Secundus, — Quartus une créance contre Tertius, jusqu'au jour où les deux débiteurs auront satisfait à leur obligation.

Modifions un peu notre hypothèse et ne laissons plus en présence que trois personnes dont l'une Primus est créancière de Secundus, lequel l'est à son tour de Tertius. (On peut supposer par exemple que Quartus a cédé à Secundus sa créance contre Tertius), Voyons comment vont pouvoir se comporter entre elles les deux créances. Il est certes possible qu'elles restent sans rapport aucun : distinctes l'une de l'autre à l'origine, elles peuvent continuer à vivre isolées et disparaître ainsi, Secundus payant sa dette à Primus, Tertius de son côté s'acquittant envers Secundus.

Mais il est également possible que des rapports juridiques importants s'établissent entre elles. Quelle est en effet la situation ? Secundus a dans son patrimoine une certaine valeur, sa créance contre Tertius, valeur qui pourra lui servir à indemniser en tout ou en partie, suivant les cas, Primus, de ce qui lui est dû.

Dans ce but, la loi et la jurisprudence mettent deux moyens à sa disposition; ou bien Primus exercera contre Tertius l'action de son débiteur Secundus créancier de Tertius, — il agira alors par la voie de l'action oblique (art. 1166 du Code civil), — ou bien s'il préfère, il aura recours à la voie de la saisie-arrêt; il arrêtera entre les mains de Tertius la créance que Secundus a contre celui-ci, pour ensuite se la faire attribuer à concurrence de ses droits contre Secundus. Cette manière de procéder n'est d'ailleurs que l'application la plus pratique du principe de l'action oblique.

Sans doute au cas d'action oblique, comme au cas de saisie-arrêt, le résultat de l'opération sera bien en fin de compte, l'extinction des deux créances, de celle de Secundus contre Tertius, comme de celle de Primus contre Secundus, mais ce résultat sera moins la conséquence de l'exercice de l'action oblique ou de la saisie-arrêt, que du paiement qu'effectuera Tertius aux mains de Primus, en l'acquit de Secundus. L'action oblique d'une part, la saisie-arrêt de l'autre, seront les moyens pratiques mis à la disposition des parties pour arriver à la satisfaction de leurs droits, plutôt qu'un mode d'extinction opérant de lui-même tel que le paiement, ou encore, comme est envisagée dans notre droit, la Compensation (1).

(1). De l'action oblique et de la saisie-arrêt, on peut rapprocher ce qui se passe au cas de cession-transport. Il s'opère ou peut

Que si maintenant nous supposons deux personnes seulement en présence, quelle sera la situation ? Primus est créancier de Secundus, et celui-ci l'est à son tour de Primus. Créances et dettes sont réciproques. A la créance de Primus, Secundus ne va-t-il pas pouvoir opposer sa propre créance, et les deux parties d'un commun accord convenir que les deux dettes seront éteintes, chacun des deux créanciers faisant ainsi le sacrifice de sa créance pour l'affecter au paiement de sa dette ?

Prenons un exemple. Primus créancier de 150 de Secundus, se trouve en retour son débiteur de 100. Ne sera-t-il pas permis à Secundus de dire à son créancier débiteur Primus : « Je vous dois 150 et vous me devez 100. Sans doute pour éteindre nos dettes nous avons un moyen ; je vous paierai 150 à l'échéance de ma dette, vous me verserez 100 à l'échéance de la vôtre. Mais ne pouvons nous avoir recours, dès maintenant, à un règlement plus simple et plus rapide ? Quelle est donc au juste notre situation ? J'ai entre les mains une valeur qui vous appartient, valeur égale à 150, vous avez dans les vôtres une valeur de 100 qui est mienne ; je détiens donc pour

s'opérer dans ces trois cas une novation par changement de débiteur. Rien de semblable dans la Compensation ; celle-ci éteint définitivement deux créances réciproques et équivalentes et ne laisse rien après elle ; la novation éteint bien une créance, mais pour en créer aussitôt une nouvelle, qu'un paiement effectif, - ou une compensation — devra éteindre.

vous 50 de plus que vous ne détenez pour moi. En fin de compte, à supposer effectués les deux paiements réciproques, il ne devra rester entre vos mains qu'une somme de 50. Pourquoi n'arriverions-nous pas à ce résultat sans paiement, en établissant de suite et définitivement la balance de nos deux dettes, pour ne laisser subsister des deux que la plus forte, et pour la partie dont elle excède l'autre? Nous serions libérés tous deux du même coup à concurrence de la plus faible de nos dettes, et le résultat serait tel que finalement il devait être : vous ne me devez plus rien, je ne vous dois plus que 50. »

Si Primus et Secundus se mettent en effet d'accord pour un tel procédé, on dira qu'ils ont opéré la *Compensation conventionnelle* ou *volontaire* de leurs dettes. Il est facile de voir que cet accord n'est autre chose qu'une convention de libération.

Mais il peut arriver que deux débiteurs réciproques aient négligé de se faire ainsi, d'un commun accord, remise de leur dette, ou mieux que l'un d'eux, Primus, si l'on veut, s'y soit obstinément refusé. Aurons-nous un moyen de l'y contraindre? Sur les poursuites introduites contre lui par Primus, Secundus dont par hypothèse la dette venait la première à échéance, au lieu de se laisser condamner à payer, ne pourra-t-il demander au juge d'opérer la balance des deux dettes que Primus, uniquement peut-être par mauvais vouloir, avait jusqu'ici repoussée?

Nous constaterons plus loin les résistances opposées à l'admission de cette Compensation forcée. Notons seulement ici qu'elle a fini par triompher, et qu'aux yeux de certains, cette *Compensation judiciaire* serait la Compensation proprement dite.

Enfin l'article 1290 de notre code civil prévoit un autre mode de Compensation forcée, connu sous le nom de *Compensation légale*. C'est celle qui s'opère indépendamment de la volonté des parties, indépendamment de l'intervention du juge, par la seule force de la loi, et à l'insu même des parties.

Qu'elle soit conventionnelle, judiciaire ou légale, la Compensation présente des avantages indéniables, dont les deux principaux suffiraient à eux seuls à en justifier l'admission.

Qu'arriverait-il en effet, soit que l'un des débiteurs, Primus, par exemple, repoussât la Compensation ou que le juge ne pût la prononcer, soit enfin qu'elle ne résultât pas de plein droit de la loi ? Reprenons l'exemple ci-dessus. En pareil cas, Primus, à l'échéance de sa dette devrait payer 100 à Secundus et ce dernier serait tenu à l'échéance de la sienne, de verser 150 à Primus. Que resterait-il finalement entre les mains de celui-ci ? Une somme de 50. — Précisément celle qu'il aurait retenue par la voie plus simple et plus rapide de la Compensation. Il a fallu pour arriver au même résultat recourir à deux paiements réciproques, inutiles, dangereux même. Par la Com-

pensation au contraire, ce double transport de numéraire eût été évité ; il n'eût été besoin d'aucun déplacement de monnaie : les deux créanciers se seraient payés avec la valeur que chacun d'eux trouvait en son patriotisme, ils se seraient libérés de leur dette en monnaie de créance. La Compensation s'annonce donc ainsi comme un mode de paiement particulièrement sûr et rapide. (1)

Mais un autre avantage plus précieux encore semble être la véritable raison d'être de la Compensation, son vrai principe vital.

(1) La Compensation, précisément en raison des besoins de sécurité et de rapidité dans les transactions que réclame de plus en plus la pratique des affaires, besoins auxquels elle répond merveilleusement, à pris au cours de ce siècle une importance considérable. Le développement des établissements connus sous le nom de maisons de liquidation, de virement ou de Compensation (*Clearing-houses*), créés spécialement pour la Compensation entre banquiers, est là pour l'attester. C'est en Angleterre que ces maisons ont pris naissance : le clearing-house de Londres remonte à 1775. Son fonctionnement se rattache intimement à l'usage des chèques et des effets de commerce. Chaque jour, les banquiers ont un grand nombre de chèques ou d'effets de commerce à payer ou à encaisser. Ils ont en effet entre leurs mains une grande masse d'effets de commerce, qu'ils ont à l'encaissement. De plus, les particuliers ont coutume de déposer leurs fonds en compte courant chez les banquiers et d'effectuer leurs paiements en chèques chez ces banquiers. Au lieu de payer entre eux ces chèques et ces effets en espèces, ils en opèrent la Compensation. Voici comment on procède. « Les Commis d'un certain nombre de banquiers, dit M. Lyon-Caen en parlant de la pratique anglaise (Lyon-Caen et Renault. Traité de Dr. Com. IV. n. 544 p. 369). se réunissent chaque jour ; » chacun apporte les effets payables chez les autres banquiers et » les remet aux commis de ceux-ci ». — Les commis de chaque banque sont ainsi saisis du papier dont leur établissement se trouve débiteur et ils en créditent aussitôt les banquiers qui le leur ont

Supposons en effet que les deux débiteurs — créanciers pour éteindre leurs dettes n'ont pu en opérer la Compensation. Primus a obtenu à l'échéance le paiement des 150 que lui devait Secundus. Puis arrive l'échéance de la dette de Primus ; mais entre temps un fait grave s'est produit : Primus est devenu insolvable ; il est dès lors absolument hors d'état de payer les 100 qu'il doit, et voilà Secundus contraint à perdre tout ou partie de sa créance. L'équité se récrie à bon droit, et la raison commande de ne pas laisser ce débiteur exposé à un tel danger. En effet avant de s'acquitter exactement de sa dette envers Primus, Secundus se trouvait avoir entre les mains une valeur de 150 appartenant à son créancier. N'était-il pas équitable qu'il fit état de cette valeur et se payât sur elle en compensant ? En s'en dessaisissant au contraire, il a laissé cette valeur s'en aller, et se fondre dans le patrimoine de son débiteur dont elle a partagé le sort malheureux.

La Compensation eût opéré ici comme une sorte d'assurance contre les risques d'insolvabilité du dé-

remis. Des feuilles de débit et de crédit sont ainsi dressées et du rapprochement de ces feuilles, il ressort un solde qui seul est réclamé. — « On sait ainsi la somme totale que chaque banquier » doit toucher et celle qu'il doit payer ; il suffit que chacun donne » ou reçoive la différence. Cette différence même n'est pas l'objet » d'un paiement en numéraire, mais d'un mandat sur la Banque » d'Angleterre, où chaque banquier de la Cité dépose une partie de » ses fonds en réserve. »

Il a été créé à Paris en 1872 une Chambre de Compensation, et il en existe dans nombre d'Etats, aux Etats-Unis, en Autriche, en Allemagne, en Italie.

biteur ; elle eut fonctionné, comme une sorte de garantie, une sûreté attachée à la créance.

Enfin, l'on fait encore valoir avec raison, mais nous ne nous y arrêterons pas, que la Compensation, la Compensation judiciaire a l'avantage de terminer deux procès par un seul et même jugement.

Malgré de si grands avantages, il est à noter que la Compensation, du moins la Compensation forcée, a rencontré dans les législations anciennes de sérieuses résistances, dûes au formalisme étroit des procédures primitives.

HISTORIQUE

Droit romain. — A Rome notamment (1), où la Compensation conventionnelle semble avoir été admise de bonne heure, si l'on se reporte aux formules de Caton (2), il n'apparaît pas qu'une

(1) — En l'état actuel de la science historique il n'est guère possible de remonter plus haut. On sait que la Compensation fut admise à Athènes sans les difficultés et les obstacles qui gênèrent à Rome le libre développement de cette institution. (Beauchet, *Droit privé de la république athénienne* IV (513). Mais nous n'en connaissons ni la nature, ni les caractères, ni les conditions d'admissibilité. Était-elle, ce qui est probable, conventionnelle, ou, ce qui l'est moins, légale ? C'est ce qu'il n'est pas permis d'affirmer.

(2) — Formulaire de Marcius Porcius Cato. *De agricultura* CXLIV, 3, dans les *Fontes de Bruns*, 6^e édit. *Pars posterior* 7 et 8 et chap. CXLV. 5, 6, 7, 9.

théorie générale de la Compensation légale ait été adoptée (1). Quant à la Compensation judiciaire, pour complet que fût son développement, dans le dernier état du droit, elle n'y fut admise que par des progrès lents. C'est que la procédure à Rome tenait le droit en tutelle; le droit ne progressait qu'avec elle et par elle; il en était le reflet, en suivait toutes les vicissitudes. — L'esprit d'analyse, dont en outre, ce droit était empreint, y dominait la procédure, et cet esprit d'analyse ne pouvait voir d'un bon œil opérer par le juge la pénétration réciproque de deux dettes, à l'origine séparées et distinctes. « Le mécanisme de la procédure romaine, dit Ihering(2), ne s'applique qu'à des corps simples, il n'a pas de prise sur les corps composés... Toute action était

(1) — On peut néanmoins dans certains cas retrouver en germe l'idée de notre Compensation légale. Le plus important de ces cas est celui du mari débiteur d'un fonds de terre qui lui a été remis en dot, et qui, ayant fait sur ce fonds des dépenses nécessaires, se trouve créancier du montant de ces dépenses. Il est admis que la Compensation s'établit de plein droit entre cette créance et cette dette : « *Impensæ necessariæ minuunt ipso jure dotem.* » Paul DXXIII. 4, 5, 2. — De même encore le pater (ou le dominus) qui se trouve créancier du pécule, et qui d'autre part a été condamné dans la limite des forces de ce pécule a le droit de se payer le premier avant tous autres créanciers. — Instit. IV. 7, 4, 2. — Il est très remarquable pourtant qu'au cas où le pécule avait été affecté en tout ou en partie à l'exploitation d'un commerce, le pater (ou le dominus) s'il en a eu connaissance, ne sera payé comme les autres créanciers, qu'au prorata de sa créance, (*actio tributoria*). Le pater (ou dominus) ne jouissait plus alors de son *privilegium deductionis* : le pécule commercial devenait le gage exclusif des créanciers commerciaux. Gains IV. 72.

(2). — De Ihering. Esprit du droit romain. Trad. Meulenaere IV. p. 18.

» une question adressée au juge..., et même une
 » *Question unique* ; autant de questions, autant de
 » procès ».

Dès lors, de même que la notion du Contrat synallagmatique, engendrant des obligations réciproques, répugnait à ce droit simpliste des débuts, de même aussi la complexité, au moins apparente, de la balance de deux dettes réciproques entraînant leur extinction, devait, pendant longtemps, faire tenir à l'écart la Compensation judiciaire.

Notre intention n'est pas d'étudier cette institution dans ses moindres détails, nous en voulons surtout, fixer le développement. Pour cela nous allons passer en revue la Compensation sous les différents systèmes de procédure successivement en usage à Rome, — dans les *Legis actiones* d'abord, — dans les *Formulaes*, ensuite, dans la *Procédure extraordinaire* enfin. — Nous exposerons ensuite sommairement notre droit ancien et le droit Canonique ; puis, après avoir tracé les lignes générales de notre Compensation légale, nous rechercherons la nature juridique de cette institution.

1^o *Legis actiones*. De la Compensation dans le système des *legis actiones*. nous ne savons rien de précis, et nous sommes sur ce point réduits à de simples conjectures. Il n'est pas toutefois trop téméraire d'affirmer que le formalisme excessif de ces procédures ne permettait guère au juge d'opérer la Compensation.

C'est ainsi que dans le *Sacramentum in personam* procédure de droit commun, la mission du juge est bien déterminée : rechercher qui des deux adversaires a fait un *sacramentum justum*. La question en elle-même n'est pas susceptible de plus ou de moins, et la solution n'en peut-être qu'absolue, soit que le demandeur triomphe, parce qu'il aura réussi à prouver que son *sacramentum* était *justum*, c'est-à-dire à faire reconnaître indirectement les causes de sa prétention, soit qu'au contraire il succombe parce qu'il n'aura pu faire cette preuve. Mais le juge ne pourrait statuer sur une prétention du défendeur ; toute demande-conventionnelle y est impossible, et par conséquent aussi toute Compensation.

Pour la *Condictio*, la dernière en date des *Legis actiones* la même Solution doit être admise ; car là encore la question posée au juge est unique. Ce qui distingue cette procédure de la précédente et la rend plus facile, c'est que la question s'y pose directement et non plus par un détour : *Secundus* doit-il ou non 100 à *Primus* ? Cela seul est soumis à l'examen du juge qui ne peut que condamner ou absoudre ; il ne peut y avoir là de place à la balance de deux dettes. Au surplus on est d'autant plus autorisé à admettre cette opinion que les *Conditiones* sont devenues sous la procédure formulaire, des actions de droit strict, où, de toute certitude, la compensation était en principe prohibée.

En ce qui concerne la *judicis (arbitrive) postulatio*, les textes juridiques nous font encore plus défaut, si possible. Il semble que cette procédure ait eu pour but la nomination d'un *judex*, ou, dans certains cas, alors qu'il s'agissait surtout, d'un compte à établir par exemple, ou d'un point de fait à déterminer, d'un *arbiter*. C'est dans cette procédure qu'il faut chercher l'origine de la distinction des *judicia* et des *arbitria*, distinction que nous révèlent des textes assez précis de Cicéron. Ces textes nous permettent de supposer que l'*arbiter*, qu'ils opposent au *judex*, au sens étroit, avait un pouvoir d'appréciation beaucoup plus large que ce dernier et qu'il était surtout tenu de juger en équité, *salva fide* (1). Il n'y a donc rien de téméraire à soutenir que l'*arbiter* pouvait dans sa sentence tenir compte des prétentions réciproques des deux parties et de les compenser au besoin. Ce n'est certes là qu'une conjecture, mais qui prend une grande force, quand on la rapproche de l'opinion, très répandue, qui voit dans les *arbitria* la Source des actions de bonne foi (2).

(1). — Cicéron, de Officiis III. 10. — Dans le *Pro Roseio comædo*, Cicéron nous dit expressément que *arbitrium et judicium* sont deux : « *Judicium* est pecuniæ certæ ; *arbitrium* incertæ. Adjudicium hoc modo venimus, ut totam litem aut obtineamus, aut amittamus ; ad arbitrium hoc animo adimus, ut neque nihil, » neque tantum, quantum postulavimus, consequamur ».

(2). — Il serait d'ailleurs inexact de dire que la *judicis postulatio* s'appliquait exclusivement aux cas pour lesquels plus tard, sous

2^o *Procédure formulaire*. — Le vote de la loi *Æbutia* ne marque pas une date absolue dans l'histoire de la procédure romaine : il est certain d'une part que certaines *legis actiones* survécurent encore quelque temps à cette loi au moins jusqu'aux lois *Juliaë*, comme il est probable aussi d'autre part, que l'usage de plaider par formules s'était fait jour avant elle, et qu'elle ne fit sans doute qu'ériger en loi un usage du droit commun.

Quoiqu'il en soit, le magistrat allait prendre désormais une part plus active à l'administration de la justice ; la formule, son œuvre propre, qu'il rédigeait sous l'œil de la loi sans doute, mais aussi sous sa responsabilité propre, allait lui permettre de corriger le droit ancien, et le rendre plus accessible à l'équité. Sans doute, le vieux droit subsistait, toujours strict et rigoureux, notamment au point de vue, qui nous occupe, de l'*eadem questio*. Mais la procédure, d'abstraite qu'elle était, allait se concrétiser en quelque sorte, s'assouplir, et se plier quelque peu aux circonstances, au lieu, comme auparavant, d'asservir celles-ci à la loi. Une fois maître de la formule, rien n'empêchait le préteur de donner au juge des instructions telles que les lui dictait l'équité, par exemple, si celle-

la procédure formulaire on aura recours aux actions de bonne foi.

— Nous voyons en effet d'après Gains IV, 20, que la *judicialis postulat* s'appliquait aussi bien à des cas d'action de droit strict.

ci l'exigeait, de lui donner mission d'opérer, entre deux dettes réciproques, la Compensation.

Il n'en fut rien cependant dès le début, et, jusqu'aux premiers siècles de l'Empire, jusqu'à la Réforme attribuée à Marc-Aurèle, la Compensation judiciaire demeura en principe prohibée.

Trois notables exceptions cependant furent faites à ce principe.

Tout d'abord, quand les arbitria de la période précédente eurent été élevés au rang d'actions, les pouvoirs d'appréciation relativement assez larges de l'*arbitrator* furent également reconnus au *judex* de ces nouvelles actions. Ici, comme là, le juge statuait *salva fide*, — *ex æquo et bono*, d'où le nom d'actions de bonne foi. Dans ces actions, créations successives des besoins de la pratique, l'équité est la loi suprême. A raison de ces pouvoirs du juge, la Compensation qui répondait au besoin d'équité devait y être, et y fut tout naturellement admise. — On s'explique du reste les larges pouvoirs conférés au juge de ces actions par ce fait qu'elles sanctionnent des Contrats synallagmatiques, engendrant des obligations au profit des deux parties, dans lesquels la créance de l'une trouve sa cause dans la créance de l'autre, — des contrats dont les éléments divers et réciproques forment un tout indivisible. Quand l'exécution d'un tel contrat est demandée en justice, c'est bien le Contrat tout entier qui est soumis à l'appréciation du juge. Il

est tout naturel que le juge chargé d'en connaître ait mission d'en assurer l'exécution intégrale, à l'égard de l'une comme à l'égard de l'autre partie. Outre que l'équité exige que des obligations se servant mutuellement de cause soient portées devant le même juge, pour y être rapprochées, comparées et compensées au besoin, on a ainsi l'inappréciable avantage d'en terminer d'un coup par un seul procès.

L'admission de la Compensation dans les actions de bonne foi, se rattache donc intimement aux pouvoirs qu'avait le juge dans ces actions (Instit. IV 6 § 3o), pouvoirs qui découlent de la nature même des contrats qu'elles sanctionnent. Il est vrai de dire, en effet, que la Compensation est de la nature même des contrats synallagmatiques : elle y a trouvé un terrain extrêmement favorable. On a considéré dès le début qu'il serait inique de permettre à l'une des parties créancière de l'autre (et sa débitrice à la fois en vertu du même contrat), d'exiger de son adversaire l'exécution de ses obligations sans la contraindre en même temps à offrir à ce dernier la prestation qu'elle est tenue de lui fournir aux termes de ce même contrat. A l'inverse au contraire, on ne fut pas le moins du monde choqué de voir coexister entre deux personnes, et régler séparément deux créances réciproques issues de contracts distincts. Ce n'est que plus tard, quand la conscience juridique se fût affinée par les progrès incessants du droit, qu'on s'imagina

de trouver inique le refus de Compenser en cette seconde hypothèse (1).

Dès lorsqu'on rattache l'admission de la Compensation dans les actions de bonne foi aux pouvoirs très larges du juge de ces actions, pouvoirs dictés par la loi même du contrat, il s'en suit qu'il ne peut être question de Compensation que pour les créances ayant leur source dans un même *negotium*, les créances nées *ex eadem causa*.. Puisque le pouvoir accordé au juge de compenser découle de l'indivisibilité des divers éléments du Contrat synallagmatique, dès que fera défaut cette indivisibilité, la faculté de compenser devra cesser d'être admise.

Aussi, voyons-nous à Rome la Compensation prohibée, en principe dans les actions de droit strict, sanctionnant des contrats milatéraux, les créances réciproques découlant nécessairement ici de contrats distincts. Les obligations n'avaient alors entre elles d'autres rapports que celui de leur réciprocité, et l'équité, semble-t-il commandait moins vivement de les faire entrer en compensation l'une l'autre.

(1) Aussi est-ce à bon droit, croyons-nous, que Scheurl (*Beiträge zur Bearbeitung des Römischen Recht*, p. 15), voit dans les actions de bonne foi l'origine de la Compensation : « Son origine, » dit-il, se trouve dans le *jus singulare* des *negotia bonæ fidei*, » dans la bilatéralité nécessaire ou du moins possible des obligations qui en découlent ; les créances reconventionnelles ne sont » avec les créances du demandeur que les membres d'un même » tout. »

Les deux autres dérogations au principe de la prohibition de la Compensation judiciaire, qu'il nous reste à étudier, sont en même temps deux exceptions au refus de Compenser dans les actions de droit strict. — Comme toutes deux présentent un grand intérêt au point de vue même de la Compensation en faillite, nous allons les étudier un peu plus en détail, en insistant surtout sur les points qui nous intéressent.

Il s'agit, pour la première de ces exceptions, de la Compensation que le banquier, *argentarius*, était tenu d'opérer, quand il voulait agir contre un de ses clients. Ici, ce n'est plus dans la nature du contrat que sont en germe les pouvoirs reconnus au juge dans les actions de bonne foi, mais dans la formule nécessairement modifiée à cet effet, ainsi que nous l'apprend Gaius IV § 64: « Tout autre, dit-il, est l'action dont » se sert l'*argentarius*, car on le force à agir *cum* » *compensatione*, et cette Compensation est expressément indiquée par la formule, de telle façon que, » dès le début du procès, il demande moins qu'il ne » lui est dû, ayant opéré lui-même la Compensation. » Si, par exemple il devait 10.000 sesterces à Titius, » et que Titius lui en dût 20.000, *l'intentio* de l'*argentarius* sera ainsi conçue : s'il appert que Titius me » doive 10.000 de plus que je ne lui dois moi-même (1). »

(1) « Alia causa est illius actionis qua argentarius experitur: » nam is cogitur cum compensatione agere, et ea compensatio

L'espèce est celle-ci : Titius est créancier de son banquier de 10.000, et en même temps débiteur de 20.000 de ce même banquier. Nous verrons plus loin comment ce fait se peut produire. L'argentarius, avant de poursuivre Titius devait faire la balance des deux dettes, soustraire la plus faible de la plus forte et ne pouvait réclamer à son client que le solde du compte en sa faveur, sous peine de courir les risques de la plus *petitio* et d'être débouté de sa demande.

Cette Compensation n'était possible que s'il s'agissait de créances échues et portant sur des objets de même espèce (Gaius IV 66). On admet généralement que l'argentarius seul, pour les dettes relatives à son commerce, était tenu d'agir *cum compensatione*; le client n'y était pas contraint.

Il est à remarquer d'abord que cette manière d'opérer la Compensation est aussi différente de la Compensation conventionnelle que de la Compensation judiciaire. Elle diffère de la première en ce qu'elle est l'effet d'une contrainte légale que subit le banquier (contrainte où l'on a voulu voir une mesure de défiance méritée, à l'égard des banquiers romains); il est certain d'autre part qu'elle se distingue

» formulæ verbis exprimitur, adeo quidem ut ab initio, compensatione facta, minus intendat sibi dare oportere: ecce enim si sesterrium X millia debeat Titio at que ei XX debeantur, sic intendit: « Si paret Titium sibi X millia dare oportere *amplius quam* ipse Titio debet. »

de la Compensation judiciaire, puisque le calcul par lequel s'effectue cette Compensation a lieu *in jure* en dehors du juge, et que celui-ci ne peut que la constater, sans pouvoir suppléer à la négligence ou au mauvais vouloir du banquier : de deux choses l'une, en effet, ou l'argentarius n'a pas opéré dans l'intention la *compensatio* à laquelle il était tenu, auquel cas le Prêteur lui refusera l'action ordinaire, *l'actio pura*, — ou bien il a opéré cette *compensatio*, et le juge devra dès lors se borner à la constater.

De toutes les questions que soulève la *compensatio* de l'argentarius, la plus importante à notre point de vue, est celle de savoir comment construire l'hypothèse de créances réciproques entre l'argentarius et son client.

Cela revient à rechercher de quelle façon, par quel contrat l'argentarius et son client entraient en relations d'affaires.

Car il est de toute nécessité pour qu'il puisse y avoir lieu à Compensation que l'argentarius et son client soient réciproquement et simultanément créanciers l'un de l'autre.

Cette nécessité oblige à repousser la théorie de Dernburg aux termes de laquelle, tout versement fait par l'un à l'autre étant un paiement, la mise au crédit du banquier d'une somme, « ne rendait le client débiteur que lorsque le banquier ne lui devait plus rien — et, réciproquement, — la mise au débit du

banquier d'une certaine somme, « ne le rendait débiteur que lorsque son client ne lui devait plus rien » (1).

Mais dès lors à quoi bon créer une formule spéciale ? Est-ce que l'application rationnelle des principes ne conduisait pas à décider que le banquier n'avait le droit de réclamer que ce dont son client se trouvait débité au moment de l'instance ? Puisque les dettes qui avaient pu exister à son profit antérieurement à cette époque, avaient été éteintes au fur et à mesure des versements, à quoi bon modifier la formule ? Le banquier ne pouvait demander le paiement que de ce dont il était à l'heure actuelle créancier d'après ses livres. Si par malheur il réclamait davantage, le client l'eut fait débouter en prouvant, ce qui lui était facile, les versements faits par lui, et considérés comme des paiements.

En d'autres termes, le vice initial de cette doctrine c'est que l'on y trouve « deux personnes successivement débitrices ou créancières, mais jamais, à aucun moment de raison, nous ne trouvons les deux personnes simultanément créancières et débitrices l'une de l'autre. » (Appleton p. 100).

Une autre explication fournie par Eisele, suppose

(1) Appleton. *Histoire de la Compensation en droit romain* p. 100. — Une étude approfondie de la Compensation de l'argentarius sortirait du cadre de cette thèse. On en trouvera l'exposé détaillé dans le livre de M. Appleton chap. III.

bien la simultanéité et la réciprocité des créances. Elle fait intervenir le *Contrat litteris* et les *nomina transcriptitia*. Un *argentarius*, créancier de son client *ex-mutuo*, inscrit sur son livre : *Expensum*; le client . *Acceptum*. Au lieu d'être tenu *ex mutuo*, le client est obligé *litteris*. Il y a eu *transcriptio a re in personam*.

Il se peut aussi que le client débiteur de 100 d'un d'un tiers délègue à ce tiers le banquier qui paiera à sa place. Le banquier portera alors sur son livre qu'il a versé la somme à son client et qu'il l'a reçue du créancier de celui-ci; il y aura eu alors *transcriptio a persona in personam*.

En sens inverse un tiers débiteur de 150 du même client délègue à ce client le banquier. Celui-ci inscrira qu'il a remis l'argent au tiers et qu'il l'a reçu de son client.

Celui-ci, débité tout à l'heure de 100, sera cette fois crédité de 150.

Il y a là deux contrats *litteris* en sens inverse qui donnent naissance à deux dettes distinctes, et qui continueront d'exister, l'un de ces contrats ne pouvant avoir pour effet de détruire l'autre. Nous nous trouvons bien dès lors en présence de deux personnes réciproquement et simultanément créancières l'une de l'autre.

Mais cette explication a le tort de nécessiter l'emploi du contrat *litteris* dont le mécanisme était assez

compliqué. Il fallait, pour les commodités du commerce et des transactions que la *Compensatio* de l'argentarius fût possible avec toute autre forme de contrat.

Aussi croyons-nous avec M. Appleton, qu'on peut expliquer cette *compensatio* sans avoir recours au contrat *litteris*. — Il suffit, pour cela, de supposer qu'il est intervenu entre les parties, au début de leurs relations une convention de compte-courant.

Force-nous est sans doute de reconnaître qu'aucun texte ne fait mention d'un pareil contrat. Mais qu'importe, les besoins du commerce et les nécessités pratiques sont tels qu'il n'y a rien de téméraire à l'admettre. Sous l'empire des circonstances, certaines constructions juridiques s'imposent et les usages font loi. Si d'ailleurs l'on compare la pénurie des dispositions positives de nos codes sur le compte-courant et la place qu'il occupe dans nos opérations commerciales et financières, on conçoit très bien qu'il ait pu exister en fait à Rome, sans qu'aucun texte soit venu nous le révéler.

Un banquier ouvre donc un crédit à son client. En exécution de cette ouverture de crédit il avance à celui-ci une somme de 100 ou paye pour lui un de ses débiteurs. Puis le client fait à son banquier un versement de 50. Le versement ne peut être considéré comme un paiement, le banquier ne pouvant être tenu de recevoir un paiement partiel. Ce sera donc un prêt fait par le client au banquier, avec un intérêt

fixé d'accord par les parties. Voici donc le banquier créancier de 100 et débiteur de 50. Ces deux dettes, nous l'avons dit, doivent continuer à subsister, en principe jusqu'à leur règlement séparé. Mais si l'on suppose qu'une convention expresse ou tacite de compte-courant est intervenue entre les parties, les créances réciproques vont par là même perdre leur individualité propre. Les opérations successives du banquier et de son client, — car on peut prévoir que l'un et l'autre ne vont pas s'en tenir aux deux opérations ci-dessus rapportées, — ne seront plus que les divers éléments d'un même compte, articles de crédit et de débit. L'exécution des obligations que font naître ces opérations, si on les considère isolément, — ne saurait être exigée pour le moment. Les créances au fur et à mesure de leur existence, vont se pénétrer l'une l'autre, et, comme on l'a dit, faire bloc, en sorte que, au moment où le compte, pour une raison ou pour une autre sera clos entre les parties, on se trouvera en présence d'un reliquat qui sera seul exigible. C'est ce solde qu'à Rome le banquier devait seul réclamer. rien de plus, *non amplius*. « En d'autres termes, les banquiers y sont de plein droit, en compte courant avec leurs clients. » (Appleton, p. 106).

La deuxième exception à la prohibition de la Compensation dans les actions de droit strict vise le cas où les biens d'un défunt ou d'un failli ont été mis en vente, dans les formes de la *bonorum venditio*, et ad

jugés à un tiers, appelé *bonorum emptor*, avec engagement par ce dernier de payer aux créanciers le dividende par lui promis lors de la vente.

Le patrimoine du *defraudator* ainsi acquis par le *bonorum emptor* comprenait tout naturellement, un passif à acquitter, un actif à recouvrer. Dans cet actif figuraient les créances du *defraudator*. Or il se pouvait que celui-ci se fut trouvé à la fois créancier et débiteur d'une même personne. Quelle devait être en pareil cas la situation du *bonorum emptor*, successeur universel du *defraudator*? Du chef de la créance du *defraudator* il se trouvait comme lui créancier du débiteur de celui-ci. En cette qualité il en pouvait poursuivre le recouvrement par les actions que le Préteur lui conférait, action Rutilienne, ou action Servienne, suivant qu'il s'agissait des biens d'un vivant ou d'un défunt. Mais le *bonorum emptor* se trouvait également aux lieu et place du *defraudator*, débiteur du débiteur de ce dernier. Il pouvait donc y avoir là matière à Compensation.

Aussi, quand le *bonorum emptor* poursuivait un débiteur du *defraudator*, le Préteur enjoignait-il au juge, dans la *Condemnatio* de la formule, de déduire les créances que le défendeur avait contre le *defraudator*.

C'est Gaius dans les §§ 65-66 et 67 de son Commentaire IV qui nous fait connaître ce mode de Compensation. Il s'exprime ainsi de son § 65 : « De

même, le *bonorum emptor* est forcé d'agir *cum deductione*, c'est-à-dire de façon à ce que son adversaire ne soit condamné que déduction faite de ce que le *bonorum emptor* lui doit au nom du failli. »

Nous avons dit déjà que le changement opéré ici dans la formule ne portait plus comme dans le cas précédent sur l'*intentio*, mais bien sur la *Condemnatio*. Ce n'est plus ici au demandeur à établir le compte, à faire la balance des dettes, c'est au juge ; la *Condemnatio* sera donc toujours *incerta*, et le danger de la *plus petitio* ne sera pas à craindre pour le *bonorum emptor*.

Gaius nous indique en outre qu'il doit être déduit de la créance du *bonorum emptor*, non seulement les créances exigibles du débiteur du *defraudator* mais encore les créances non échues, et portant sur des objets de nature différente (§§ 66 et 67).

Mais il est un point qui nous intéresse particulièrement, et doit arrêter notre attention, c'est la question de savoir sur quoi portait la *deductio* imposée au *bonorum emptor*.

Deux doctrines sont en présence.

La grande partie de la doctrine française pense que le *bonorum emptor* devait subir la déduction, non pas de l'intégralité de la créance du débiteur poursuivi, mais seulement du dividende qu'il s'était engagé à lui payer.

C'est la doctrine que soutient M. Accarias dans

son *Précis* II, p. 177 n. 2 et p. 1249, n. 1. « Ce que le » *bonorum emptor* est tenu de déduire, dit-il, ce » n'est pas, je pense, l'intégralité de la dette, mais » seulement le dividende par lui dû au défendeur, » sans quoi, on l'obligerait indirectement à payer au- » delà de son prix. »

Puis, essayant d'exposer le but auquel a obéi le Préteur en imaginant l'*actio cum deductione*, M. Accarias ajoute un peu plus loin : « La personne qui » était à la fois débitrice et créancière du *defraudator*, reste tenue de sa dette entière et perd une par- » tie de sa créance ; à titre de dédommagement, on » veut lui éviter la peine d'exercer une poursuite. »

Telles sont les deux raisons par lesquelles M. Accarias légitime son opinion. Il est nécessaire pour les apprécier de se rappeler les principes généraux de la procédure de la *bonorum venditio*. Organisée dans le but de sauver autant que possible du naufrage le patrimoine d'une personne décédée sans laisser d'héritier, de *bonorum possessor* ou d'autre successeur universel, ou encore d'une personne dont la fortune est notoirement insuffisante pour satisfaire tous ses créanciers, cette procédure, avec la logique qui caractérise toutes les institutions de Rome, tend vraiment à conserver et à reconstituer au profit des créanciers le patrimoine menacé. Elle est la réalisation heureuse et féconde de cette idée, que la fortune d'un débiteur est le gage commun de

tous ses créanciers, idée reprise par l'art. 2093 de notre Code civil. Pratiquement ici cette idée se manifeste par l'action spontanée des créanciers se chargeant du soin de réaliser l'actif et de régler la liquidation. Par la première phase de cette procédure en effet, tous les créanciers, soit par une action commune, soit par l'action isolée de l'un d'eux, pénétrèrent à la fois dans le patrimoine en détresse pour en garder les biens, pour en empêcher le détournement *Missio in bona rei servandæ causa*. Un *curator bonorum* est nommé par le Préteur, pour veiller à la conservation et à la reconstitution de la masse. Puis, les créanciers eux-mêmes désignent l'un d'eux comme *magister bonorum*, chargé de procéder à la vente de la masse reconstituée. Ce *magister* dresse le cahier des charges de la vente, la *lex bonorum vendendorum* et fait publier des affiches. Cette *lex bonorum vendendorum*, indiquait notamment le dividende à payer aux créanciers *portio*, mais en outre, et c'est là le point à retenir, elle « devait non- » seulement donner l'énumération des biens à ven- » dre et des hypothèques dont ils pouvaient être » grevés, mais aussi indiquer les noms des créanciers » et le montant de leurs créances, car tels étaient les » éléments qu'il fallait porter à la connaissance des » tiers pour les mettre en mesure de voir si la mise à » prix correspondait à la valeur réelle des biens, s'ils

» *pouvaient l'accepter ou même faire des offres supérieures.* » (Accarias II, 483).

Cette citation contient en partie, semble-t-il, la réfutation d'un argument de son auteur. Puisque les noms des créanciers du failli et le montant de leurs créances étaient portés à la connaissance des tiers par le *magister* dans sa *lex vendendorum*, puisqu'il faut bien admettre d'autre part que le cahier des charges donnait la nomenclature des biens à vendre, et, par conséquent un état des créances du failli, les amateurs avaient un moyen bien commode de se rendre compte des compensations qui pourraient leur être opposées. L'acquéreur, se trouvant ainsi en face d'un bilan des plus nets, des plus sincères, d'après lequel il offrait le dividende qui lui paraissait raisonnable, n'était pas comme on le prétend à tort exposé à des surprises fâcheuses. Nous ne pouvons malheureusement nous prononcer sur la question de savoir qu'elle situation était faite au *bonorum emptor* quand une créance d'un débiteur du failli contre ce dernier avait été omise dans la *lex vendeudorum bonorum*, comme aussi sur celle de savoir jusqu'à quel point la responsabilité du *magister* était engagée par cette omission. Les textes à cet égard font défaut.

Il n'est pas davantage admissible que le Préteur ait imaginé la *deductio du bonorum emptor* à titre de dédommagement pour le créancier du *defraudator*

qui resterait tenu de sa dette intégrale et perdrait une partie de sa créance. Ce dédommagement consisterait à « éviter à ce créancier la peine d'intenter une » action. Or, comme le dit M. Appleton, p. 165, « ce » dédommagement serait dérisoire. Quelle peine » peut avoir le créancier-débiteur à intenter une action contre le *bonorum emptor*, alors que, ce dernier l'ayant actionné, ils se trouvent tous deux devant le magistrat ; notre créancier n'a qu'à lever la main, qu'à ouvrir la bouche pour demander une formule d'action contre le *bonorum emptor*. Et le « prêteur aurait inventé une formule spéciale pour lui » éviter cette peine ! »

Bien plus, M. Accarias (T. I. p. 1319 note 1) reconnaît lui-même que « les poursuites dirigées par les » créanciers contre le *bonorum emptor* étaient sans » doute fort rares. Car il ne devait que son prix de » vente et en principe c'est au *magister* qu'incombe » la mission de le lui demander au nom de la » masse. »

Dès lors comment admettre que le Prêteur aurait imaginé une formule spéciale pour éviter aux créanciers la peine d'intenter une action, quand le droit commun offrait à ce créancier le moyen de ne pas intenter cette action, en s'adressant au magistrat.

On argumente encore du § 65 du Commentaire IV de Gaius où il est dit que le débiteur du *defraudator* ne doit être condamné que « *deducto et quod invicem*

» *sibi defraudatoris nomine debetur* ». Or dit-on, ce que le *bonorum emptor* doit *defraudatoris nomine* » ce n'est plus la dette ancienne, mais bien cette dette transformée depuis par la faillite, c'est-à-dire un dividende.

Observons que ce n'est là qu'une affirmation, et qu'on semble bien ainsi commettre une pétition de principe. La question à résoudre est précisément celle de savoir si, en l'espèce, le *bonorum emptor* devra payer par compensation le montant nominal de sa dette du *defraudator*, ou bien seulement un dividende. — Il n'y a pas de raison, croyons-nous, pour ne pas soutenir, ainsi que le fait M. Appleton, l'affirmation contraire, à savoir que ce que doit le *bonorum emptor*, *nomine defraudatoris*, c'est ce qu'il doit comme tenant lieu du failli, c'est-à-dire l'intégralité de la dette, et non pas le dividende par lui promis, car ce dividende, *il le doit personnellement, comme acheteur* et non *defraudatoris nomine*.

D'autant que le *defraudatoris nomine* de Gaius peut se comprendre autrement que par ce qui est dû depuis la faillite, c'est-à-dire un dividende. Gaius en effet a pu vouloir dire tout simplement ceci que le *bonorum emptor* ne serait tenu de subir la déduction que des dettes ayant pris naissance sur la tête du *defraudator*, voulant écarter par là la déduction des dettes personnelles au *bonorum emptor* nées anté-

rieurement à la faillite, au profit d'un débiteur du *defraudator*.

Il est donc plus sage, croyons-nous, de dire que le texte de Gaius ne paraît pas s'être prononcé sur la question, et qu'on ne peut en conséquence se baser sur lui.

La raison qui d'ailleurs, comme à M. Appleton (p. 161) nous paraît décisive, dans le sens de la déduction intégrale de la dette, c'est l'impossibilité où l'on se trouverait d'expliquer l'admission de la compensation en pareil cas, si l'on se bornait à déduire un dividende.

L'un des inconvénients qu'il y a à ne pas admettre la Compensation, c'est, nous l'avons vu, d'exposer l'une des parties aux risques d'insolvabilité de l'autre. Il est contraire à l'équité que le débiteur solvable soit obligé d'une part de payer sa dette intégralement et qu'il ne doive en retour recevoir qu'une partie de sa créance. Par une disposition exceptionnelle du Préteur le droit romain a voulu corriger cette iniquité, et admettre la Compensation en cas de faillite. On ne comprendrait pas qu'il ait voulu par cette même disposition annihiler les effets équitables et bienfaisants de cette Compensation. Ajoutons enfin que le débiteur — créancier du *defraudator* qui, ayant par imprudence payé sa dette au *bonorum emptor*, se voyait, par suite, réduit à se présenter comme créancier dans la faillite, et à ne recevoir qu'un divi-

dende, avait, contre le *bonorum emptor*, la *condictio indebiti* (Ulp. § 1 l. 10 D. XVI 2.) — Si ce *bonorum emptor* se trouvait ainsi tenu personnellement de l'intégralité de la dette du *defraudator*, on ne s'expliquerait guère que la *deductio* n'eût pu s'opérer que pour le montant du dividende. La *Condictio indebiti* n'était en effet ici que subsidiaire à la Compensation, et l'une et l'autre devaient avoir la même portée.

Telle est d'ailleurs la doctrine communément reçue en Allemagne.

En dehors des trois cas mentionnés plus haut, la Compensation judiciaire, au temps de Gaius, n'était pas encore admise d'une manière générale. Elle restait impossible, s'il s'agissait d'actions de bonne foi, quand les créances réciproques avaient leur source dans des contrats distincts, — en toute occasion (autre que la Compensation de *l'argentarius*, et la *deductio* du *bonorum emptor*) s'il s'agissait d'actions de droit strict.

Mais un rescrit de Marc-Aurèle qui doit se placer entre les années 169 et 177 de notre ère, vint, par un artifice de procédure, permettre d'opposer en justice la Compensation, même entre créances nées *ex dispari causâ*. Que ce rescrit innovât d'une façon complète, ou bien ne fit, comme certains l'ont pensé, que confirmer une jurisprudence antérieure, c'est ce que nous n'avons pas à rechercher.

La réforme fut le résultat des exigences de l'équité comme d'ailleurs tout le développement de notre institution. Le rescrit est parti de cette idée qu'il est inique de réclamer ce qu'on nous doit sans offrir en retour ce que nous devons ; il décide que le créancier qui réclame à son débiteur ce que celui-ci pourrait le contraindre à lui restituer immédiatement, commet un dol, et il accorde en conséquence à ce débiteur l'exception de dol.

Au moyen de cet expédient de procédure, le juge sera amené à tenir compte des créances que ce débiteur pouvait avoir contre son créancier, et à en opérer la Compensation. L'exception opposée utilement par le défendeur devait tout naturellement en effet amener la Compensation entre les dettes réciproques échues (*Compensatio inducebatur*, Instit.), soit par l'absolution totale du défendeur, si la créance de ce dernier était au moins égale à sa dette, — soit par la restriction, à l'excédent de sa dette sur la créance, de la condamnation prononcée contre lui (1). — La Compensation une fois admise par le juge était censée se

(1) Nous ne pouvons examiner ici dans ses détails le fonctionnement pratique de l'*exceptio doli*. — Donnait-elle au juge saisi de la demande, le pouvoir d'opérer la Compensation, soit qu'elle transformât l'action de droit strict en action de bonne foi, soit qu'elle amenât l'absolution partielle du défendeur ? — son insertion avait-elle uniquement pour but de forcer le demandeur à modifier *in jure* sa formule et à agir *cum compensatione* ou *cum deductione* ? — Ou bien enfin, l'*exceptio doli* intervenait-elle sur l'*actio*

produire du jour de la coexistence des deux dettes, bien qu'il parût naturel de décider qu'elle résultait de la sentence du juge. (l. 11 et 12 D. XVI 2. — l. 4 et 5. C. de Compens IV, 31). Tel est du moins le principe posé par Septime Sévère (1).

On a encore soutenu, avec une très grande force de vérité, que le défendeur qui ne se trouvait pas dans les trois cas précités avait un moyen d'arriver à la Compensation en intentant contre son créancier qui le poursuit, une demande reconventionnelle, *Mutua petitio*. Il s'agit ici de s'entendre. Il n'est certes pas douteux que la demande reconventionnelle était à Rome, renvoyée devant le juge de l'action principale, mais rien ne nous dit que le juge ainsi saisi des deux actions pût opérer la Compensation. Saisi de deux formules (et il en était forcément ainsi sous la procédure formulaire), le juge devait rendre deux sentences, — sa mission l'y contraignait, et

judicati, ou toute autre action de droit strict, après que par une demande reconventionnelle le demandeur avait fait reconnaître et déterminer sa créance ? Pour tous ces points, et l'exposé de la controverse, nous renvoyons au livre de M. Appleton, chap. V et VI. — De même pour le point de savoir si le rescrit, statuant en principe pour les actions de droit strict, n'a pas été étendu aux actions de bonne foi. Appleton p. 89.

(1) En dehors des cas prévus au texte, signalons encore que la Compensation était très vraisemblablement admise dans les actions nées des stipulations prétoriennes, dans lesquelles était insérée la *clausula doli*, et dans les *cognitiones extra ordinem* — (l. 6. Code IV 31. — Accarias II.)

même au cas où il aurait reconnu fondées les 2 créances prétendues, il n'aurait pas eu le pouvoir d'en opérer la Compensation : l'esprit d'analyse de la procédure romaine s'y opposait.

Comme le dit très bien M. Girard (Manuel p. 686 note 1, 1^{er} ed.), « l'effet du système des *Mutua petitiones* en matière de Compensation devait être » seulement de pousser les parties à la Compensation conventionnelle entre les créances liquidées » par les deux jugements, tout au plus de permettre » au juge de la leur suggérer plus ou moins impérativement avant ces jugements. »

Ce n'est que plus tard, croyons-nous, en vertu d'un expédient imaginé par des constitutions impériales, et par le moyen de l'exception de dol opposée à l'*actio judicati* (l. 2 C. IV 31), qu'on put même au cas de dettes nées *ex dispari causa*, arriver à la Compensation.

De deux choses l'une en effet, ou bien les deux condamnations réciproques avaient pu être prononcées en même temps par le juge, ou bien la sentence sur la demande principale avait seule été rendue. Dans le premier cas, les deux contre-crédances étant certaines, déterminées par le juge, et portant sur des choses fongibles, sur une somme d'argent, elles réunissaient toutes les conditions pour être compensées soit par les parties, soit surtout par le juge sur

l'exception de dol opposée par le défenseur à *l'actio judicati* du demandeur.

Il n'en eut plus été de même au second cas, si les Constitutions impériales, dites Constitutions de sur-sis, citées par Macer l. 1 § 4 D. 49. 8) n'avaient eu précisément pour but de rendre exécutoire avant l'exercice de *l'actio judicati* par le demandeur la créance du défendeur. Alors seulement ce dernier était à même d'opposer à *l'actio judicati* de son adversaire l'exception de dol. (V. Appleton Ch. IV).

Sous Justinien, le droit de la Compensation s'est unifié : d'une part la *Compensatio* de *l'argentarius* et la *deductio* du *bonorum emptor* ont disparu ; — d'autre part, la Compensation peut désormais être opposée dans toutes actions (*ex omnibus actionibus*), sans distinguer entre les actions personnelles et les actions réelles. Deux exceptions cependant : elle ne peut être opposée par le dépositaire dans l'action de dépôt, ni par celui qui détient illégalement la chose d'autrui.

Mais pour qu'elle soit admise, il faut que la créance invoquée par le défenseur soit *liquide*, c'est à dire, certaine dans son existence, et déterminée dans son *quantum*. — Enfin, et cette décision a fortement divisé les commentateurs du droit romain au moyen âge, la compensation s'opère désormais *ipso jure*. A l'heure actuelle encore, d'ailleurs, les divergences de vue sur la portée de ces expressions n'ont pas

cessé d'exister. — L'interprétation fausse (ou du moins considérée comme telle de nos jours) qui finit par prévaloir au près de presque tous nos anciens auteurs a eu une répercussion importante sur notre droit moderne de la Compensation en ce qu'elle est la source de notre Compensation légale. Pour nos anciens auteurs en effet, pour Cujas notamment, les mots *ipso jure* insérés par Justinien dans la loi C. IV. 31 signifient que la Compensation de judiciaire qu'elle était avant cet empereur était devenu légale, et s'opérait désormais par la seule vertu de la loi, à l'insu même des parties, et à dater du jour de la coexistence des deux dettes.

Telle n'est pas la portée que donne à ces mots, l'opinion la plus communément répandue aujourd'hui, opinion d'après laquelle Justinien n'aurait pas changé la nature de la Compensation qui serait restée judiciaire. Elle devait donc bien toujours être invoquée par le défendeur et admise ou rejetée par le juge; seulement il n'était plus besoin désormais pour l'opposer, de l'exception de dol. V. Appleton pp. 428 à 488.

Le Droit romain avait imprimé au développement de la Compensation une impulsion considérable. Il est à remarquer que partout où pénétra ce Droit, le principe de la Compensation fut admis sans difficulté.

C'est ainsi que nous le retrouvons dans une des plus importantes lois des royaumes barbares, la *lex*

romana Wisigothorum, ou Bréviaire d'Alaric, — dans le Droit canon, — enfin dans les provinces où la loi romaine se fit coutumière, dans les pays de Droit écrit.

Droit canonique. — Le droit canonique sous l'influence de l'esprit d'équité du christianisme, et des doctrines romaines dont étaient profondément *imbui* les docteurs, devait tout naturellement reconnaître la Compensation. Les Canonistes l'assimilent à un paiement tacite, opérant *ipso jure*.

Il est notable en outre que le Droit canonique admettait un droit de rétention au cas où la Compensation ne pouvait s'opérer par suite de la non fongibilité entre eux des objets dûs ou de l'inexigibilité et de l'illiquidité des créances.

Allant plus loin même, toute une école de canonistes, d'ailleurs condamnés en 1641 par l'Université de Paris, et par celle de Louvain, a autorisé ce qu'on a appelé la Compensation *injusta* ou occulte. Elle consiste simplement à faire passer en ses mains pour assurer son paiement une valeur qui se trouve entre les mains de son débiteur.

Enfin, quand l'une des créances à compenser n'était déterminée ni dans son existence ni dans son *quantum*, le droit canonique permettait au défendeur par une demande incidente de faire reconnaître et liquider sa créance pour ensuite la compenser avec la créance du demandeur. C'est là ce que les Canonis-

tes appelaient la *reconvention*. Il n'était pas nécessaire pour que la reconvention fût admise, qu'il y eut entre les deux demandes, un rapport étroit de connexité. La créance, objet de la demande reconventionnelle pouvait découler d'une autre cause que celle de la demande principale, — *ex dispari causa* — *etiam a causa separata a causa conventionis*. (Grégoire IX. *Décrétales*. Liv. II., tit IV).

Ancien droit antérieur aux coutumes.

Le droit séculier fit à la Compensation et à la reconvention un sort tout autre.

Tout d'abord, la Compensation rencontra dans la constitution même du régime féodal, de puissants obstacles à son développement.

Le morcellement juridique de la souveraineté qui fut le résultat du système féodal entraîna la formation de nombreuses justices souveraines. Chaque seigneur demeura extrêmement jaloux de la parcelle de Souveraineté qu'il détenait, si minime fût-elle, et, l'intérêt fiscal s'en mêlant, le droit de justice avec tous les profits qu'il entraînait, devint bientôt, de par la patrimonialité et la vénalité des offices de judicature « le monopole de chaque fief ». Au lieu de chercher à diminuer le nombre des procès, les seigneurs avaient intérêt à empêcher un défendeur de porter devant son propre juge le procès qu'il avait à intenter contre son adversaire demandeur, et à le contraindre à venir actionner celui-ci devant son juge naturel. Le *retrait*

de barre fut le moyen pratique dont se servirent les seigneurs pour revendiquer les procès dans lesquels une compensation effectuée par ailleurs eût pu leur enlever et la connaissance et les profits. Outre que la procédure féodale encore embarrassée dans les liens d'un formalisme rigoureux, ne pouvait pas permettre au défendeur de s'affranchir par le moyen de la Compensation ou de la reconvention, des formes requises pour l'introduction d'une instance, on voit qu'admettre la Compensation ou la reconvention devant les justices seigneuriales, c'eût été porter le plus souvent atteinte à la fois à la juridiction et aux droits des seigneurs. — *Charondas*, Liv. III. Ch. I. section 2. — *Bacquet*. Traité des droits de justice, ch. VIII, n° 10).

Aussi voyons-nous que dès le ix^e siècle la reconvention et la Compensation sont prohibées par les seigneurs (1).

(1). — Un passage des Assises de Jérusalem nous montre que la Compensation n'était pas admise au pays des croisés. « S'il vient » par aucune aventure qu'un home se clame en la Court, et dit qu'i » li doit X besans, et celuyresponst : Voire est que je li dois ; mais » je ne le veull paier porce que il me doit assés plus que je ne le » faiz à luy, et porce ne le veull je paier si la Cort ne l'esgarde » (ne le juge défiativement) ; l'esgart des jurés si deit estre tel » que celui est tenu de paier les X besaus porce qu'il se clama » avantde celui qui bien li reconnut ce qu'il li demande. Et puis, » celui se veut clamer de lui de riens que il li det, il est puis tenus » de faire li raison par dreit et par l'assise. ». — *Assises*, Ed. Beugnot, Livre des Assises de la Cour des Bourgeois ch. Ll t. II, p. 49.

Droit des coutumes. — Plus tard, aux ^{xiii}^e et ^{xiii}^e siècles, nous sommes en pleine formation coutumière du droit. Au Nord et au Midi, le droit va se fixer suivant les tendances propres à chaque contrée ; le Droit Romain dominera dans les pays du Midi ; dans le Nord au contraire s'établira un Droit coutumier résultant de plusieurs forces, du Droit féodal, du Droit canonique, et aussi, surtout en cette matière des obligations, du Droit Romain.

Tandis que dans les pays de Droit écrit la doctrine romaine de la Compensation s'était naturellement conservée, et que la distinction avec la reconvention y avait dû être faite dès l'origine, Compensation et reconvention continuèrent à être prohibées, par les mêmes motifs qu'auparavant, dans les pays de coutume. « La Compensation n'a point lieu en Cour laye » est un axiome coutumier. — « Seachiez, » dit Bouteiller, selon le stile de cour laye Compensation, que les aucuns appellent reconvention et » les ruraux l'appellent contreprennez qui tout est » un, mais selon les clercs son droit nom est Compensation, ne se fait pour quelque lettre ; mais convient que si l'un est tenu à l'autre, que chacun faict » en soit répondu par soy et sur ce fait convenu à loy, » ou autrement on n'y serait tenu de répondre qui » pour ce ajourné serait. » (Somme rurale, tit. XLIII).

Mais peu à peu, la Royauté parvint à faire rentrer dans son giron toute souveraineté usurpée par les

seigneurs, et parmi les droits de souveraineté le plus important, le droit de justice. Le principe que toute justice émane du Roi finit par triompher. D'autre part, sous l'influence des légistes, le Droit Romain s'infiltra de plus en plus. Ainsi les causes qui avaient contribué à faire prohiber la Compensation dans notre ancien Droit, allaient disparaître.

Au xiv^e siècle, les Coutumes notoires du Chatelet de Paris (III et 120) nous montrent la Compensation admise comme mode de libération, mais toutefois, à la condition d'être opposée de liquide à liquide, *de liquido ad liquidum*. Mais la reconvention est toujours écartée.

Au xv^e siècle, le droit s'est presque définitivement fixé par la Rédaction des Coutumes. La plupart sont muettes sur la Compensation.

Certaines coutumes, celle de Paris (1510) par exemple, prohibaient en principe la Compensation. Toutefois elle l'admettait par exception pourvu que les deux dettes fussent liquides. Art. 74: « La Compensation n'a point de lieu si ce n'est d'une dette claire et liquide à une pareillement claire et liquide ».

De même, la coutume de Reims, art. 397, cout. du Bourbonnais art. 37, de la Marche, art. 100. La coutume d'Auvergne exigeait que les dettes fussent constatées par écrit (chap. xviii art. 6).

Mais la Compensation ainsi admise ne s'opérait pas *ipso jure* : il fallait se faire délivrer par la

Chancellerie du Roi des Lettres Royaux, la Compensation n'opérait *qu'ex rescripto principis nominatim*, comme dit Cujas, *Questiones Papiniani* ad. 1. 16 ff. de comp. — Cette formalité n'était pas exigée « ès-justices inférieures » nous dit Charondas, note sur le tit. XXVII du livre I. de Bouteiller.

Dans les pays où la Coutume ne permettait pas la Compensation (coutumes de pur Droit féodal) : Lille art. 6., sauf quelques exceptions, dans le cas d'injures notamment, — Tournay art. 1. tit. 273), les lettres de chancellerie atténuaient la rigueur de cette proscription, d'autant plus volontiers d'ailleurs que le *fisc* y trouvait son compte. V. Patou, commentaire de la coutume de Lille, sur l'art. 6, gl. 1, n° 5.

Enfin, à la fin du xvr^e siècle la Compensation finit par prévaloir. L'article 74 de la coutume de Paris de 1510 la présentait encore comme une exception à la règle, la coutume réformée de 1580 dans son article 105 en fait une règle générale: « Compeusation a lieu » d'une dette liquide à une autre pareillement claire » et liquide et non autrement ».

La même coutume dans son art. 106 admettait également la reconvention, prohibée encore en 1510 par l'art. 75 : « Reconvention n'a lieu si elle ne dépend » de l'action, et que la demande en reconvention » soit la défense contre l'action premièrement intentée. »

Mais dans la pratique, il y eut une tendance à ad-

mettre les demandes reconventionnelles, même quand il n'y avait pas connexité avec la demande principale. C'est la remarque que fait Ferrières, qui s'en afflige. D'après lui, l'art. 106 de la Coutume était très mal observé, non seulement dans les justices royales, mais aussi dans les justices des Seigneurs où la revendication de cause n'était pas toujours exercée.

Ainsi donc, la Compensation avait fini par s'implanter dans l'ancien Droit sous l'influence du Droit canonique et du Droit romain. L'influence du Droit romain devait encore s'y faire sentir dès qu'il s'agit d'en fixer la nature.

C'est dans la doctrine des interprètes du Droit romain, qu'à ce point de vue, notre ancienne Jurisprudence chercha sa voie, aussi bien dans les pays de Droit écrit que dans les pays coutumiers, et c'est sur la Constitution de Justinien qui fit en cette matière l'unité du Droit romain, la loi 14 C. de Comp. IV, 31, et spécialement sur les mots *ipso jure* qu'elle emploie, que les interprètes édifièrent leur doctrine.

Les Glossateurs admettaient tous que les mots *ipso jure* signifiaient que la Compensation avait lieu *sine facto hominis*, sans le fait de l'homme, — qu'elle opérât en dehors des parties, à leur insu, par suite de la coexistence seule des dettes.

Sans doute, pour Donneau et quelques autres la Compensation n'opérait pas à l'insu des parties, il fallait qu'elle fût opposée, et elle opérât alors à l'égal

d'un paiement ; Mais Cujas et Dumoulin firent définitivement triompher l'opinion des Glossateurs, la thèse de la Compensation légale.

Dès le début, au Nord comme au Midi la Compensation avait été comme une exception (Compensation judiciaire) que comme un paiement. Mais la doctrine que Cujas avait attribuée au Droit romain finit par prévaloir d'une façon complète dans les pays de Droit écrit, comme dans les pays de coutume, et ce au ^{xvi}e siècle. Domat (Lois civiles, liv. IV titre 2, sect. I, n° 1), se prononce pour la Compensation légale et au ^{xviii}e siècle, cette solution ne fait aucun doute pour Pothier.

Code Civil. — C'est sous l'influence d'une telle Doctrine suivie par la Jurisprudence, que fut rédigé notre Code civil. L'interprétation, aujourd'hui reconnue fausse, donnée à l'*ipso jure* de Justinien a dicté l'art. 1290 de notre Code civil : « La Compensation s'opère de plein droit même à l'insu des débiteurs ; les deux dettes s'éteignent réciproquement » à l'instant où elles se trouvent exister à la fois, jusqu'à concurrence de leurs quotités respectives. »

La loi prend ainsi nettement parti pour le système de la Compensation légale que les anciens interprètes avaient cru trouver dans le Droit romain. Sans doute la doctrine de notre Code en cette matière n'est pas aussi ferme qu'elle le paraît. On y trouve notamment des dispositions qui ne cadrent pas toujours

exactement avec la nature même de la Compensation légale, telle qu'on la conçoit habituellement; mais l'intention formelle du législateur d'adopter ce système ne fait aucun doute, et les conséquences qu'on pourra relever çà et là sont moins le résultat de ces hésitations que celui d'un défaut de méthode.

La Compensation telle que la définit notre Code est donc celle qui s'opère de plein droit, par la seule force de la loi. Elle a lieu même au profit des personnes incapables ou contre elles — (et cela va de soi, puisqu'elle opère à l'insu des parties), — même si les deux dettes ont des causes différentes, ou sont constatées par des titres de nature diverse.

Mais certaines conditions sont nécessaires pour que la Compensation ait lieu :

Il faut : 1^o Que les deux dettes à compenser aient l'une et l'autre pour objet, soit une somme d'argent, soit une certaine quantité de choses *fongibles* entre elles. Cette condition n'est qu'une conséquence de la règle posée par l'art. 1243 du Code civil, qui veut que le créancier ne puisse être contraint à recevoir une autre chose que celle qui lui est due. (Demolombe, t. XXVIII n^o 485, Laurent XVIII n^o 389).

La fongibilité d'ordinaire résulte moins de la nature des choses, que de l'intention des parties de considérer l'objet de l'obligation *in genere*, dans son genre, et non *in specie*, comme corps certain. Mais ici il ne suffit pas que les objets des deux obligations soient fon-

gibles isolément, chacun en ce qui le concerne : il faut encore que les deux objets soient fongibles entre eux, c'est-à-dire qu'ils soient de la même espèce, que l'un puisse vraiment tenir la place de l'autre, en sorte que chaque débiteur-créancier en faisant à l'autre remise de sa dette, reçoive en paiement de ce débiteur réciproque une chose de même valeur et de même espèce que l'objet de sa propre dette.

La condition de fongibilité des deux dettes exclut donc la Compensation légale lorsqu'elles ont chacune pour objet une chose déterminée d'espèce et de valeur différente.

2° L'art. 1291 du Code civil exige en second lieu que les deux dettes soient également *liquides*. La liquidation d'une dette comprend deux éléments constitutifs ; le premier concerne l'existence même de la dette : la dette est-elle certaine dans son existence, peut-on dire à première vue que quelque chose est dû ? Si oui, la dette présente un premier caractère de liquidité. Elle ne cesserait pas d'avoir ce caractère si le débiteur soulevait une contestation peu sérieuse ; il faudrait pour cela une contestation qui rendit vraiment la dette litigieuse. La question, de pur fait, est laissée à l'appréciation du juge. (Locré XII, p. 484, n° 13). Ainsi il a été décidé qu'une dette est liquide et peut être opposée en Compensation lorsqu'il est reconnu en fait qu'elle n'est pas contestable. Cass., 30 janvier 1872. D. 72. I 413.

Toutefois d'une manière générale dès qu'une créance ne peut être établie sans un débat sérieux, elle n'est pas liquide et ne peut être l'objet que d'une demande reconventionnelle.

Le second élément constitutif de la liquidité est la détermination de la quotité de la dette (1).

La condition de liquidité peut entraîner souvent des conséquences rigoureuses, car celui qui est débiteur d'une somme liquide et exigible doit commencer par payer son créancier, sauf à faire ensuite liquider sa créance ce qu'il expose à l'insolvabilité de son créancier-débiteur. Aussi certains auteurs lui enseignent-ils que la Compensation a lieu dans le cas même où la dette ne serait pas actuellement liquide, si elle était facilement et promptement liquidable (Merlin, Rép. V^o Compens. § 2, n^o 1. — Aubry et Rau, IV § 326. Demolombe XXVIII n^o 523. — D'autres auteurs, tout en ne niant pas la justice et l'équité de cette solution, estiment qu'elle n'est conforme ni au texte de la loi (l'art. 1291 exige que les deux dettes soient liquides), — ni aux travaux préparatoires : le Conseil d'Etat a précisément repoussé une proposition faite pour ne

(1) Nous n'avons pas à étudier ici dans leurs moindres détails les conditions exigées par la loi pour la Compensation légale ; cela sortirait de notre cadre. Nous nous contenterons de poser les principes généraux de notre Droit en cette matière. Pour les détails, — notamment pour les exceptions, apportées par le Code à la règle de la fongibilité. V. Aubry et Rau IV § 326 n. 3 et 5 Demolombe XXVIII n^o 509 et seq. Laurent XVIII 395 et seq.

pas écarter de la Compensation les créances faciles à liquider. (Lair. De la Compensation, p. 216. Desjardins, n° 117). La Jurisprudence a d'ailleurs toujours admis la compensation des créances facilement liquidables. — Toulouse, 14 août 1818 §. 1819 II. 221. — Cass. 18 octobre 1887 S. 1889 I. 151.

3^e Il faut en troisième lieu que les deux dettes réciproques soient *exigibles*; chacun des créanciers doit avoir actuellement le droit de contraindre son débiteur au paiement. Les créances à terme ne sont pas compensables.

Comme le terme, et à plus forte raison, la condition suspensive qui rend incertaine l'existence même de l'obligation est un obstacle à la Compensation. Aubry et Rau IV § 326. — Cass. 20 décembre 1837 S. 1838 I. 46.

Il n'en est pas de même de la condition résolutoire, qui n'empêche pas d'exiger le paiement de la dette. Cass. 24 juin 1846. S. 47 I. 563.

4^e Enfin il faut en quatrième lieu, pour que la Compensation légale s'opère, que les deux parties soient personnellement créancières et débitrices l'une de l'autre, que les deux obligations existent en sens contraire entre les mêmes personnes.

Il ressort en outre de l'article 1294 que les deux contre créances doivent être principales. « La caution peut opposer la compensation de ce que le créancier doit au débiteur principale doit au débiteur

principal », dit ce texte, En effet la compensation, opérant *ipso jure*, à l'insu des parties a éteint la dette principale, et par suite la dette accessoire de la caution.

« Mais le débiteur principal ne peut opposer la compensation de ce que le créancier doit à la caution ».

La caution n'est en effet tenue que d'une obligation accessoire.

« Le débiteur solidaire ne peut pareillement opposer la compensation de ce que le créancier doit à son co-débiteur.

Toutes ces dispositions ne sont que les applications faites par la loi du principe que les deux contre-créances doivent être principales.

Enfin l'article 1295 du Code civil contient une intéressante application de la condition de personnalité réciproque des deux dettes compensables ; « Le » débiteur qui a accepté purement et simplement la » cession qu'un créancier a faite de ses droits à un » tiers, ne peut plus opposer au cessionnaire la compensation qu'il eût pu, avant l'acceptation, opposer » au cédant. — A l'égard de la cession qui n'a pas été » acceptée par le débiteur, elle n'empêche que la » compensation des créances postérieures à cette » notification. »

La cession de créance acceptée par le débiteur cédé change la personne du créancier, et la compensation

devient impossible désormais entre le cédé et le cessionnaire. Ce n'est pas à dire pour cela du reste, que la créance que le cédé eût pu opposer en compensation au cédant ne puisse lui servir à l'avenir à l'acquittement de sa dette : il pourra par exemple, la céder au cessionnaire ou bien obtenir de celui-ci qu'il fasse saisie-arrêt entre les mains du cédant sur la dette de celui-ci envers le cédé, et se libérer ainsi sans bourse délier comme il l'eût fait par la Compensation, mais ce n'est pas ici la loi qui opère de plein droit cette libération ; elle nécessite le concours, le consentement du cessionnaire.

L'article 1295 combiné avec l'article 1690 devait naturellement faire distinguer deux cas : celui où la cession a été acceptée par le débiteur cédé, et celui où elle lui a été seulement signifiée.

Si la cession a été acceptée par acte authentique, le cessionnaire est définitivement saisi, à l'égard des tiers ; le cédé n'a pas le droit de faire valoir à son égard la compensation qu'il eût pu opposer au cédant même si les conditions nécessaires pour qu'elle s'effectue, avaient été réunies avant l'acceptation. Le cédé est présumé avoir renoncé tacitement à la compensation accomplie, en acceptant la cession : à lui de faire des réserves dans son acceptation.

Si au contraire le cessionnaire n'est saisi que par la signification de la cession au débiteur cédé, on ne peut plus dire que celui-ci a renoncé même tacite-

ment à la compensation déjà accomplie. Dans ce cas il subit la cession plus qu'il ne l'accepte ; il est donc juste qu'elle n'ait d'effet que pour l'avenir : toute créance née postérieurement à cette signification, au profit du cédé contre le cédant ne pourra être opposée en compensation par le cédé au cessionnaire ; — de même aussi toute créance même née antérieurement à la signification, mais à qui il manquait les qualités nécessaires de compensabilité légale.

EXCEPTIONS AU PRINCIPE DE LA COMPENSATION LÉGALE

A la règle d'après laquelle la Compensation légale s'opère quand les conditions énumérées plus haut sont réunies, les articles 1293 et 1298 du Code civil, et diverses lois spéciales apportent plusieurs exceptions fondées, soit sur *la cause de la dette*, soit sur *la volonté des parties* soit enfin sur *les droits des tiers*.

A. — « La Compensation a lieu, dit l'article 1293, »
 » quelles que soient les causes de l'une ou de l'autre
 » des deites, *excepté dans le cas* ; 1^o de la demande
 » en restitution d'une chose dont le propriétaire a
 » été injustement dépouillé, 2^o de la demande en res-
 » titution d'un dépôt et de prêt à usage ; 3^o d'une
 » dette qui a pour cause des aliments déclarés insai-
 » sissables. »

1^o La première exception a été empruntée par la rédacteurs de nos Codes à Pothier (obligations II, n. 625) qui se référait à l'ancien adage « *Spoliatus ante*

omnia restituendus, » On a fait remarquer que cette disposition n'était nullement une exception au droit commun (même s'il s'agit du détournement d'une somme d'argent), et les dettes de corps certain ne sont pas compensables.

Mais M. Appleton (p. 503, 504) pense qu'on peut arriver à donner un sens satisfaisant à l'art. 1293 1^o — Partant de ce principe, établi au préalable, que « la Compensation dans le dernier état du Droit » romain n'est pas autre chose que la faculté d'« tenter une demande reconventionnelle » il estime que le Code civil ne fait que reproduire la disposition de Justinien. (loi 14 § 1 C. IV 31) Dans le but d'empêcher qu'un défendeur de mauvaise foi vint retarder le moment de la restitution de l'objet détourné, Justinien avait décidé de repousser toute Compensation, traduisez, toute demande reconventionnelle. Par là, le Code civil se reliait étroitement à notre ancien Droit coutumier et au Droit de Justinien.

2^o et 3^o Le même reproche d'inconséquence formulé par les auteurs contre le législateur à propos du 1^{er} alinéa de l'article 1293 peut-être fait également en ce qui concerne les alinéas 2 et 3 relatifs l'un au dépôt l'autre au prêt à usage. Il s'agit encore dans ces deux cas, de dettes de corps certains, non compensables.

4^o Enfin on ne peut éteindre par compensation une dette qui a pour cause des aliments déclarés in-

saisissables. La raison en est que ces aliments ne pouvant être saisis par quiconque aux mains du débiteur, ce dernier en voulant se payer par compensation sur une dette d'aliments, formerait en réalité saisie sur sa dette entre ses propres mains. (Exposé des Motifs). La Compensation ne saurait être admise d'après les principes de notre législation « que dans le cas où le débiteur pourrait être contraint au paiement. » Il ne faut donc pas restreindre aux dettes d'aliments la disposition de l'art. 1293, mais bien l'étendre à toutes choses déclarées insaisissables par la loi.

Avant la loi du 12 janvier 1895, le patron créancier de son ouvrier pour avances faites ou toute autre cause, pouvait se payer par compensation, au moyen d'une retenue sur le salaire. Le législateur de 1895 a supprimé en principe toute compensation entre patron et ouvrier.

Toutefois il est fait exception à ce principe pour les créances du patron résultant de fournitures d'outils ou instruments nécessaires au travail, ou pour sommes avancées pour l'acquisition de ces mêmes objets. Ces créances peuvent donc être compensées avec le salaire dû par le patron à l'ouvrier, dès qu'elles réuniront bien entendu les conditions exigées en droit commun pour toute compensation. (Art. 4 de la loi.

Enfin la retenue du 1/10 que le patron est autorisé

à faire sur le salaire pour se rembourser des avances en argent faites par lui à son ouvrier, n'a-t-elle pas les caractères de la compensation ? La situation du patron, autorisé ainsi à saisir arrêter entre ses propres mains une portion du salaire affectée à sa créance, portion sur laquelle il ne subit aucun concours, est en effet une situation privilégiée.

5° Enfin les impôts directs et indirects échappent à la compensation. L'exclusion de la compensation repose ici sur l'intérêt général : rien ne doit arrêter le paiement des impôts et priver l'Etat de ses revenus. (Locré XII. p. 186). Ce n'est d'ailleurs que comme créancier de l'impôt, que l'Etat ne peut se voir opposer la compensation. Il en serait autrement si sa créance avait une source civile. (Cons. d'Etat, 8 janvier 1810 S. chr.)

B. La compensation peut encore être écartée soit par la renonciation anticipée, expresse ou tacite de l'une des parties, soit par la renonciation à la compensation une fois opérée

Il n'y a pas lieu de s'arrêter à cette exception qui ne présente pas un grand intérêt théorique ni pratique, et nous arrivons à un nouvel ordre d'idées beaucoup plus important pour nous.

C. — Nous voulons parler de la limitation apportée à la compensation par le respect dû aux droits acquis par des tiers.

« La Compensation n'a pas lieu, dit l'art. 1298, au » préjudice des droits acquis à des tiers. »

Après avoir posé le principe, l'article poursuit et en fait une application intéressante : « Ainsi, celui qui, » étant débiteur, est devenu créancier depuis la saisie-arrêt faite par un tiers entre ses mains, ne peut, » au préjudice du saisissant, opérer la compensation. »

La saisie-arrêt a pour effet de rendre indisponible aux mains du tiers saisi les sommes saisies-arrêtées. Si donc un tiers saisi devient créancier du saisi depuis la saisie-arrêt, la compensation, entre la dette du tiers saisi envers le saisi et celle de ce dernier envers le tiers saisi, ne pourra plus s'opérer. La saisie-arrêt serait en effet lettre-morte, si la créance du saisi sur le tiers saisi, pouvait disparaître par l'effet d'une compensation.

La loi dit bien que c'est *au préjudice du saisissant*, que ne pourra s'opérer la compensation, mais comme la créance saisie est rendue indisponible aux mains du tiers-saisi, le refus de compensation profitera par la force des choses à tout créancier qui viendra ultérieurement se joindre au premier créancier saisissant pour prendre part à la distribution sur le montant de cette créance (1).

(1) Il est bien entendu que le tiers saisi débiteur ne peut opposer la compensation de la somme dont il se prétend lui-même créancier, que si sa créance, n'était pas compensable au moment où la

Une autre application du principe d'après lequel la compensation ne peut avoir lieu au préjudice des droits acquis à des tiers se rencontre au cas de déclaration de faillite de l'une des parties débitrices. Cette hypothèse qui, par certains côtés se rapproche de la précédente, sera étudiée plus loin et nous en examinerons alors toute la portée.

Nous avons vu plus haut que la théorie admise par notre Code, en matière de compensation, était résolument celle de la compensation légale. Tel est en effet le système : si deux dettes réciproques réunissent à un moment donné, les conditions de fongibilité, d'exigibilité, et de liquidité prévues par la loi, si elles sont personnelles aux deux contre-débiteurs, — et principales, la compensation s'opéra entre elles de plein droit, « par la seule vertu de la loi, » sans qu'elle ait été prononcée par le juge, ni même » opposée par aucune des parties. » (Pothier).

La compensation ainsi opérée produira les mêmes effets que le paiement ; les deux dettes seront entièrement éteintes, si elles sont équivalentes, et, si elles sont inégales, l'extinction de la plus faible sera seule

saisie-arrêt a été faite entre ses mains ; autrement la compensation qui se serait opérée dès avant la saisie serait inattaquable. Ainsi la compensation ne pourrait être opposée par le tiers-saisi au saisissant si sa créance antérieure à la saisie-arrêt ne réunit que postérieurement à cette saisie, les conditions de la compensation légale. (Cass. 8 novembre 1882. S. 1884 I. 333. D. 1883 I. 305).

complète, la dette la plus forte subsistant seulement pour l'excédent.

Aussi a-t-on dit souvent, en envisageant notre compensation légale, que la Compensation était un double paiement fictif.

La formulè est séduisante : la Compensation ne laisse en effet rien subsister après elle des liens antérieurs ; elle éteint les deux dettes comme le feraient deux paiements réciproques. Nous ne la croyons cependant pas juste.

Si nous envisageons par exemple notre législation, nous pouvons constater que plusieurs des effets de notre compensation légale ne cadrent pas très bien avec les règles admises par notre loi en matière de paiement.

Ainsi, toute compensation, et c'est là le cas le plus pratique, peut aboutir à un paiement partiel. La loi aurait donc permis au titre de la compensation ce qu'elle même défend au titre du paiement (1). Art. 1244 du C. civ.

(1) En vain, objecterait-on que ce même art. 1244 dans son alinéa 2 permet exceptionnellement au juge de fractionner le paiement, — de compenser en conséquence la dette la plus faible avec la plus forte et d'éteindre ainsi cette dernière pour partie seulement. Remarquons d'abord que l'objection ne porterait que pour la compensation judiciaire. Mais c'est à tort même que le terme de grâce serait invoqué ici. Si le juge reconnaît fondée la demande reconventionnelle du défendeur et s'il croit équitable de compenser sa créance avec celle du demandeur, il n'a qu'une chose à faire

De même, nous avons vu que le débiteur solidaire ne pouvait opposer la compensation qui s'est produite entre le créancier et l'un des co-débiteurs, tant que celui-ci ne s'en est pas prévalu. L'art. 1294. — 3^e alinéa fait ainsi une application de ce principe que le débiteur solidaire ne peut opposer au créancier les exceptions personnelles à l'un des co-débiteurs (art. 1208). — Il pourrait au contraire lui opposer un paiement effectif, ou tel moyen de défense n'ayant pas le caractère d'une exception personnelle.

De même encore la compensation s'opèrera alors que l'une des parties ou toutes deux seraient incapables de faire un paiement valable.

On peut encore ajouter que si la compensation est un paiement et entraîne l'extinction des dettes on ne comprend pas très bien qu'on puisse renoncer à l'effet d'une compensation opérée : on ne peut en effet revenir sur un paiement valablement fait, et une obligation une fois éteinte ne peut plus revivre par la seule volonté d'une des parties.

Mais, dit-on, toutes ces anomalies s'expliquent par ce fait que la compensation est un paiement *forcé*, imposé par la loi ou par le juge.

Cette explication, à la rigueur admissible en ce qui concerne la dernière anomalie signalée, n'ex-

c'est d'opérer cette compensation. Mais il ne peut s'agir ici du terme de grâce qui ne trouve d'application qu'au cas d'insolvabilité notoire du débiteur.

plique rien pour les deux autres. Il resterait notamment à justifier en vertu de quel principe le législateur a pu se permettre d'imposer aux parties un paiement partiel. On n'en voit aucun.

Et cependant, si l'on passe en revue les dispositions de notre loi touchant la compensation légale, il semble que notre législateur, lorsqu'il en a édicté les conditions à bien voulu qu'elle ne pût s'opérer en effet, qu'autant que l'objet de chacune des dettes réciproques pût servir au paiement de l'autre, et qu'il a bien ainsi considéré la compensation comme un paiement.

C'est d'abord l'article 1291 qui exige la fongibilité des deux dettes, — conséquence du principe édicté par l'article 1243, qu'on ne peut contraindre le créancier à recevoir « une autre chose que cellé qui lui est dûe ».

C'est aussi l'exigence de la liquidité et de l'exigibilité des dettes, car il est clair qu'on ne peut être contraint au paiement de sa dette si celle-ci est incertaine dans son *quantum*, ou bien encore si l'on a terme et délai.

C'est encore l'article 1296, qui, appliquant ici le principe de 1248, décide que « lorsque les deux dettes » ne sont pas payables au même lieu, on n'en peut » opposer la compensation, qu'en faisant raison des frais de la remise » ; les frais du paiement sont à la charge du débiteur.

C'est enfin l'article 1297 qui étend à la compensation les règles établies par l'article 1296 relatives à l'imputation des paiements : les articles 1295 *infra* et 1298 qui établissent, le premier que la notification d'une cession au débiteur cédé rend impossible la compensation des créances postérieures, — le second qu'une saisie-arrêt interdit au tiers saisi d'opposer en compensation au saisissant une créance née au profit du tiers saisi contre le saisi depuis la saisie. (Art. 1242. C. C.).

Malgré la grande analogie qu'il y a entre le paiement et la compensation nous ne pensons pas qu'il faille identifier, *au point de vue juridique*, ces deux institutions. Nous avons vu que des différences essentielles les séparaient. La vérité est que la compensation, une fois accomplie, remplace le paiement *au point de vue économique* ; la situation économique ; des parties est là même après la compensation, qu'après un paiement réciproque. Mais la compensation est autre chose qu'un paiement, et, *au point de vue juridique*, elle a sa physionomie propre.

Avant de rechercher quelle conception juridique on doit se faire de la compensation, nous allons passer rapidement en revue les législations étrangères, et voir à quel système de compensation elles se rattachent.

Parmi elles, la plus intéressante, à raison de son caractère scientifique, est la législation allemande.

La Compensation dans le Code civil allemand. — Le Code civil Allemand, promulgué le 18 août 1896, exécutoire au 1^{er} janvier 1900 en contient la substance, dans ces articles 387 à 396.

« Si deux personnes se doivent réciproquement
» des prestations dont l'objet est de même nature,
» chaque partie *peut* compenser sa créance avec celle
» de l'autre, aussitôt qu'elle peut exiger la prestation
» qui lui revient et exécuter celle qui lui revient et
» exécuter celle qui lui incombe. » (art. 387. C. civ. all.).

La Compensation légale se trouve ainsi écartée, puisque deux dettes réciproques, ayant en elles tous les éléments propres à la compensation, peuvent continuer à coexister, jusqu'à la mise en œuvre par les parties, d'un moyen autre que les paiements réciproques, qui leur est offert par la loi pour l'extinction des deux dettes. — Quel est ce moyen? Sera-ce la compensation judiciaire? Non, pas nécessairement.

C'est ici, comme le dit M. Saleilles (1), le point vraiment nouveau du système, aussi différent que le système français, du droit romain, dont tous deux sont issus.

« La Compensation, dit l'article 388, s'opère par
» une déclaration adressée à l'autre partie. Cette dé-

(1). Essai d'une théorie générale de l'obligation d'après le projet de Code civil allemand. § 55.

» clARATION est inefficace, si elle est donnée sous con-
» dition ou à terme ».

Il suffira donc à l'un des débiteurs qui voudra obtenir le bénéfice de la compensation, de faire à l'autre, et ce, en dehors de toute instance préalable, une simple déclaration de volonté, et cette déclaration de compensation aura un effet rétroactif : les deux dettes seront censées éteintes du jour où la compensation était devenue possible.

Les conditions exigées par le Code civil allemand pour la compensation rapprochent pourtant sauf en un point ce système du nôtre.

1^o Il faut que les deux dettes existant entre les mêmes personnes soient exigibles, sauf cependant, ainsi que nous le verrons, au cas de faillite.

2^o Il faut que les objets dûs de part et d'autre soient identiques. Il suffit d'ailleurs que cette identité d'objets se soit produite à un moment quelconque depuis la coexistence des dettes. — « Il faut, dit Brinz. Pand. » II. § 287, que la créance et la contre-créance aient » des objets de même nature, tellement de même » nature, qu'on puisse compter avec eux comme de » simples nombres. Alors seulement on peut parler » de compensation, alors seulement, on peut ad- » mettre la fiction qui consiste à considérer chacune » des parties, comme s'étant payée elle-même, avec » ce qu'elle doit à l'autre, et en renonçant à poursuivre

» cette autre. Mais une pareille identité n'est possible
 » qu'entre créances de quantité ».

Enfin la compensation a lieu même entre dettes
 nées *ex dispari causa*.

Les allemands, on le voit, n'exigent pas, comme nous, la liquidité des dettes. Cela s'explique par ce fait qu'ils considèrent la compensation non pas comme un paiement, mais comme une garantie de paiement.

Tel est dans ses grandes lignes le système de compensation admis par la législation allemande.

L'évolution historique donnée en Allemagne à l'idée de compensation, n'est certes pas étrangère à son adoption. On y reconnaît la théorie du glossateur *Johannes Bassiannus* et d'*Azon* son disciple. Ces anciens auteurs interprétaient l'*ipso jure compensatur* de Justinien, en ce sens qu'il fallait, pour que la compensation opère, qu'elle fût opposée, estimant qu'une fois opposée, elle opérait de plein droit et avec effet rétroactif. Cette théorie fut reprise par *Donneau* qui ne put toutefois la faire triompher en France. Elle resta au contraire la doctrine dominante en Allemagne (1).

L'analyse sommaire du fonctionnement de la com-

(1) Pour l'historique de la question en Allemagne, V. *Dernburg*, *Geschichte und Theorie der Compensation nach römischen und neueren Rechte* p. 283; — *Appleton* loc. cit. p. 458 et seq.; — *Saileilles*, loc. cit. § 59.

pensation allemande nous montrera le principe juridique qui en forme la base. Le système est celui-ci : Chacun des deux créanciers débiteurs peut, avant toute demande en justice contraindre son adversaire au paiement de sa dette en abandonnant ce qui lui est dû, — ou si l'on préfère se placer au point de vue actif, — en se payant sur ce qu'il doit, en formant en quelque sorte, de ce chef, une saisie-arrêt entre ses mains. Chacun d'eux se trouve donc avoir entre ses mains de quoi se payer au moins en partie de sa créance, et être ainsi couvert jusqu'à concurrence du montant de sa dette.

Un pareil système aboutit nécessairement en dernière analyse à faire de la compensation une garantie de paiement.

Telle est bien la théorie exposée par Brinz (1).

« La Compensation lui apparaît dit, M. Saleilles » (loc. cit. § 60) comme une garantie de paiement aux » mains d'un créancier qui se trouve à la fois débiteur de son propre débiteur. S'il y a garantie de » paiement, il n'y a pas encore paiement réalisé, les » deux dettes continuent donc à coexister l'une en » face de l'autre ; mais par cela seul qu'elles coexistent, elles se tiennent réciproquement en échec, » l'une doit servir à couvrir l'autre. »

Le Code civil allemand envisage ainsi la compen-

(1) Brinz, *die Lehre von der Compensation, et Pandekten*, t. II § 287.

sation comme une sorte de droit de rétention. Or ce droit confère à celui qui en est investi, au rétenteur, le pouvoir de conserver comme une sorte de gage la chose qu'il a entre les mains, afin de contraindre son adversaire en paiement de ce que celui-ci lui doit. (Ici la valeur retenue c'est l'objet de la dette de celui qui oppose la compensation, valeur qui par un paiement normal devrait passer aux mains de son adversaire.) Le rétenteur refuse donc d'abandonner un objet qu'il ne nie pas d'ailleurs appartenir à son débiteur, mais qu'il ne veut pas lui remettre jusqu'à ce que celui-ci se soit acquitté envers lui. La rétention n'est donc pour lui qu'un moyen de défense, mais un moyen de défense tout spécial. « Le » droit de rétention, dit de Goldschmidt, protège effectivement le plaideur contre un dol de l'adversaire et suppose bien un dol de sa part, mais un » dol d'une nature tout à fait particulière. Elle forme » un véritable droit inhérent au patrimoine, et non » pas seulement un moyen de défense purement processif. » C'est proprement, l'aboutissement de la théorie romaine de l'exception de dol. Le droit romain avait fini par admettre qu'il y avait dol à réclamer à son débiteur une chose que ce dernier aurait pu se faire restituer aussitôt. Ici le dol consiste pour le créancier débiteur à réclamer à son débiteur créancier l'objet de sa dette, sans offrir à ce dernier le paiement de ce qu'il lui doit.

Par là l'esprit du droit germanique se relie très étroitement à celui du droit romain. Celui-ci en effet, avait, bien avant le code allemand, entrevu cette idée qu'il y a dol à réclamer ce qui vous est dû, sans offrir en retour ce que l'on doit. Il en avait fait une application remarquable, en matière d'obligation naturelle. La loi 6 D. de Comp. XVI 2, décide en effet que l'obligation naturelle peut être opposée en Compensation. Ainsi, à l'action en paiement d'une dette civile intentée par un débiteur naturel, devenu à un titre quelconque créancier civil de son propre créancier naturel, ce dernier pouvait opposer l'exception de dol, pour faire se compenser la dette civile et la dette naturelle. Cela revient à dire, remarque M. Accarias, que le créancier était « admis à se prévaloir » de l'obligation naturelle par voie de rétention. » Et n'est-ce pas ici en germe la théorie du code allemand en matière de compensation, le créancier, même naturel se trouvant protégé contre un dol de son adversaire, par le droit de rétention ?

Mais la notion de rétention est, par elle-même insuffisante à fonder la compensation. La rétention n'est qu'un moyen de contrainte, elle n'est pas un mode d'exécution proprement dit. Ce n'est qu'une garantie entre les mains de l'un des contractants contre l'autre, — elle n'entraîne nullement la libération des parties.

Or, la compensation est plus qu'une contrainte et

plus qu'une garantie. Elle entraîne en effet la libération des parties : c'est un moyen de réaliser deux paiements ou, plus exactement, de faire que deux paiements soient tenus pour réalisés.

« Le droit de rétention, dit Dernburg, arrive à produire par la voie d'une contrainte indirecte, l'exécution simultanée de prétentions réciproques, que la Compensation amène directement... Le premier contraint à une exécution effective, la seconde apporte au lieu d'une exécution effective une suspension des créances réciproques. » (Compensation 189, 367.)

La Compensation est bien alors, si l'on veut un Droit de rétention, mais c'est aussi quelque chose de plus. C'est a-t-on dit, un *Droit de rétention renforcé* (*ein zum Compensations recht erhobenes Retentions recht*), — ou si l'on préfère, un droit de rétention *parfait* conduisant directement cette fois à l'exécution de l'obligation et se confondant avec elle. (1).

D'autre part, d'après l'opinion générale, le droit de rétention ne peut être exercé qu'au cas de dettes connexes, issues l'une et l'autre d'un même fait juri-

(1) Ainsi envisagée, la Compensation doit être logiquement opposable aux tiers : il en est ainsi dans la législation allemande. Au cas d'insolvabilité du débiteur, elle joue le rôle d'un véritable privilège. Qu'est-ce d'ailleurs qu'un privilège, sinon un droit de rétention parfait ?

dique, contrat ou quasi-contrat. Or la Compensation, pourra se produire même pour dettes non connexes.»

Il y a donc entre la Rétention et la Compensation des différences de nature profondes.

Toutefois, malgré ces différences, l'idée de donner la rétention pour base à la Compensation n'est pas nouvelle.

« Au moyen âge, nous dit M. Thaller (2) les statuts
 » des républiques italiennes, avaient dès le xvi^e siè-
 » cle imprimé au Droit de rétention une marche pro-
 » gressive et abouti à cet important résultat, à l'égard
 » des commerçants tout au moins, d'une fusion des
 » deux dettes se neutralisant à due concurrence. La
 » faculté pour un négociant de retenir ce qu'il devait
 » à un autre, jusqu'à ce que celui-ci s'acquittât envers
 » lui d'une dette même distincte, ce Droit reproduit
 » à nouveau dans la période contemporaine par l'ar-
 » ticle 313 du Code allemand de 1860, marque très
 » nettement la *solidarité unissant les dettes croisées*
 » des marchands aux yeux des tribunaux consulaires
 » de l'Italie d'il y a 300 ans. Ces mêmes tribunaux ne
 » discernant pas ou ne voulant pas discerner la ligne
 » assez fine séparant ici la défense de l'attaque, et la
 » rétention de l'application des valeurs retenues, en
 » étaient venus à octroyer au rétenteur, le droit de
 » liquider la chose possédée et de se payer par pré-
 » férence sur son montant. La chose possédée con-

(1) Thaller. — Les Faillites endroit comparé t. II. § 128.

« sistant en une dette d'argent, on en arriva logique-
» ment à autoriser le défendeur à s'attribuer par
» préférence sa propre obligation en règlement de sa
» créance : résultat plus facile à atteindre et par con-
» séquent moins exposé aux critiques que dans le cas
» où la couverture consistait dans un corps certain,
» car il ne nécessitait point une vente aux enchères
» préalable. »

Néanmoins la plupart des législations européennes ont adopté notre principe de la compensation légale. De ce nombre sont les législations de la Belgique, des Pays-Bas, de l'Italie, de l'Espagne et du Portugal.

En Angleterre où la compensation fut longtemps regardée d'un œil hostile, les nécessités de la pratique vinrent pourtant à bout des répugnances du législateur et firent admettre la compensation, d'abord au cas de connexité des deux dettes, — et en matière de compte-courant. Mais le Droit anglais ne connaît pas le système de la compensation légale et n'admet que la compensation judiciaire ; le débiteur poursuivi doit, pour compenser, intenter une demande reconventionnelle.

Le Code civil russe est muet en ce qui concerne la compensation, comme en général en ce qui touche les modes d'extinction des obligations. Mais le Code des Provinces baltiques, directement inspiré du Droit romain admet la compensation judiciaire, et celle-là seulement. « Le débiteur ne peut opposer la com-

» pensation contre le gré du créancier que lorsque
» les deux créances sont de même nature, que la
» sienne est liquide et que les deux sont échues (C.
» B. 3546) ; on remarquera que le Code baltique
» n'exige pas comme l'art. 1291 du Code français,
» que les créances soient liquides toutes deux. »
(Lehr. *Eléments de Droit civil russe* II pp. 118, 122.)
La liquidité de la créance du défendeur est seule
exigée.

Nous avons parcouru jusqu'ici les différents systèmes de Compensation successivement appliqués ; nous avons vu que l'histoire de cette institution se résumait à la vérité dans l'histoire de deux systèmes : tantôt la compensation est attachée à la sentence du juge ; (Compensation judiciaire) ; tantôt elle résulte de la simple coexistence des dettes (Compensation légale). Nous avons également assisté avec la législation allemande au développement d'un système nouveau assurément très remarquable.

Il nous reste à rechercher quelle conception juridique de la Compensation a nos préférences.

Il convient avant tout de rappeler que le principe qui est à la base même de la compensation, est un principe d'équité. On pourra certes varier à l'infini les systèmes, on devra toujours obéir à cette idée, sous peine de méconnaître les besoins pratiques d'où est née cette institution.

En législation plusieurs systèmes sont possibles.

C'est d'abord le système de la Compensation *conventionnelle* ou volontaire : les deux dettes en présence ne se détruisent pas de plein droit, mais les parties peuvent se mettre d'accord pour s'attribuer le montant de leur dette en paiement de leur créance, et éteindre leurs dettes réciproques.

En second lieu, la Compensation peut-être *judiciaire* ; le débiteur poursuivi, offre sa créance, à son débiteur créancier en paiement de sa dette, par voie d'exception comme dans le Droit romain par exemple.

Elle peut enfin être *légale* comme dans notre législation.

Nous avons déjà vu que la législation allemande nous offre encore un mode différent de Compensation.

De ces trois systèmes le premier, en théorie pure est seul logique. Il est certain en effet qu'une dette n'est pas forcément éteinte par cela seul que le débiteur devient à son tour créancier de son créancier : « Une dette n'empêche pas l'autre, » dit très bien Loyseau. En principe, l'extinction d'une dette a lieu normalement par la prestation de la chose due. Mais il va de soi que les parties, si elles y trouvent (et c'est le cas pour la Compensation) de grands avantages, peuvent tenir cette prestation pour faite et leurs dettes pour éteintes. C'est là un corollaire de la liberté des conventions.

Connaissant les avantages que présente la Compensation, nous ne saurions donc nous étonner de ce fait que les législations arrivées à un certain développement aient admis cette institution.

Mais la difficulté est de trouver la forme juridique que revêtira la Compensation, dès qu'il s'agit de l'imposer à celle des parties qui se refuserait à l'effectuer volontairement.

Le système de la Compensation légale, nous l'avons vu, est entré dans nos lois par suite d'une erreur; on le lui a assez vertement reproché; mais nous ne croyons pas cependant qu'on doive pour si peu lui tenir rigueur; car, bien qu'il ait pratiquement de grands avantages, on a de plus sérieux reproches à lui adresser.

M. Lair lui reproche, avec raison, « d'être à la fois » trop étroit et trop absolu; trop étroit, car il n'est » applicable qu'au cas où il y a entre les créances » une identité parfaite, et l'adopter, c'est se condam- » ner à être souvent inique en déclarant que, hors » ces cas; il n'y a point de compensation possible, ou » à lui être infidèle, si l'on veut admettre la compen- » sation par équité; trop absolu, parce qu'il agit » brutalement et en quelque sorte à l'aveugle, sans » tenir aucun compte des faits et des circonstan- » ces (1). »

L'extinction des dettes qu'elle entraîne se produi

(1). — Lair, de la Compensation. XX.

à l'insu des parties, malgré elles, ce qui est contraire aux règles du paiement auquel on veut assimiler la compensation. On dira sans doute que la loi en opérant de plein droit la compensation se fait l'interprète de la volonté des parties. Or il peut se faire que la volonté des parties soit contraire, si bien qu'on a dû permettre aux parties de renoncer à la compensation ainsi effectuée. Qui ne voit que cette compensation légale se réduit alors à une compensation volontaire déguisée, puisqu'elle n'est que le résultat d'une convention tacite, ratifiée par le silence des parties. En outre, l'extinction des dettes se produisant sans crier gare, il en peut résulter pour les tiers un préjudice sérieux. Aussi la loi a-t-elle dû apporter au principe des tempéraments ; en décidant, par exemple, que la compensation ne pourrait avoir lieu au préjudice des droits acquis à des tiers (art. 1892. c. civ).— on encore en accordant au débiteur qui a payé une dette éteinte par la compensation, outre la *condictio* indébiti, son ancienne créance avec les sûretés qui l'accompagnaient, s'il était de bonne foi, et s'il a connu la compensation, la même créance, mais dépouillée de ses causes de préférences.

Enfin, il est un inconvénient grave, inhérent au système de la compensation légale, c'est l'exigence de la liquidité des deux dettes. Puisque la compensation légale est un paiement qui s'effectue de plein droit, il est naturel que la loi exige que toutes les conditions

du paiement soient réunies, que notamment la dette soit certaine et son quantum déterminé, que la dette en un mot soit liquide : de même que le défaut de liquidité rend tout paiement impossible, de même logiquement, il doit rendre impossible toute compensation. Cette exigence conduit du reste à des conséquences fâcheuses : de deux personnes créancières et débitrices l'une de l'autre, celle dont la créance est liquide pourra seule se faire payer ; l'autre ne pouvant lui opposer sa créance en compensation, devra payer et rester exposée à l'insolvabilité toujours possible de son débiteur. C'est aller ainsi contre le but d'équité de la Compensation. Au reste la liquidité n'est pas de l'essence même de l'obligation ; une créance n'en existe pas moins bien qu'elle ne soit pas liquide. Est-ce qu'une créance indéterminée dans son *quantum* ne peut, malgré son illiquidité, être affectée dans son existence ? Ne peut-elle être novée par exemple ? Pourquoi ne pourrait-on la soumettre à la compensation ? Bien entendu il faudra pour cela en arriver à la liquidation : ce sera l'œuvre du juge si les parties n'y peuvent réussir, mais le droit latent à la compensation n'en existait-il pas moins avant cette liquidation ?

Nous avons vu d'ailleurs que notre Jurisprudence n'appliquait qu'à regret cette exigence de la loi et restreignait le plus possible la condition de liquidité

en assimilant aux dettes liquides les dettes facilement liquidables.

Cass. 13 février 1819. D. 1819. n° 2646.

Cour de Paris, 13 mai 1830. D. 1830. II. 253.

Cass. 29 mars 1841. D. 1841 I. 197. — 1^{er} juin 1851 S. 1851. I. 740. — 30 janvier 1872. D. 1872. I. 413.

Un grand parti dans la doctrine approuve en ceci la Jurisprudence. Toullier IV. p. 413. Demolombe V. p. 486. Zachariæ III § 571.

Le Code civil allemand rejette avec raison la condition de liquidité des dettes. Cela s'explique d'autant mieux qu'il considère la compensation non comme un paiement, mais comme une garantie de paiement, comme un droit de rétention renforcé.

Il est à souhaiter que la condition de liquidité disparaisse également de notre Code.

Nous estimons de plus, qu'il y a lieu de d'écarter le système de la Compensation légale qui quoique assez pratique, est loin d'être un modèle de logique et d'équité.

En dehors de la Compensation conventionnelle, il n'y a, croyons-nous, de juridiquement concevable que la Compensation judiciaire.

Mais la Compensation judiciaire à laquelle nous nous rallions n'est pas celle qui fonctionne dans notre droit sous forme de demande reconventionnelle. Celle-ci, sorte de complément, de correctif à la Compensation légale, opérant là où font défaut les

conditions de cette dernière, est mal définie dans nos lois et fait l'objet de controverses. Son plus gros inconvénient est d'ailleurs de n'opérer l'extinction des deux dettes réciproques qu'au jour de la sentence du juge, laissant ainsi le créancier exposé à l'insolvabilité de son débiteur.

La Compensation judiciaire, telle que nous la concevons se relie directement au système romain, non dans sa forme, mais dans son esprit.

Le Droit romain avait en effet vu juste, et il s'était admirablement conformé au principe d'équité, seule base solide de la Compensation, en décidant que, si deux dettes réciproques ne sont sans doute pas éteintes par le seul fait de leur coexistence, le créancier qui réclame le paiement de l'une à son débiteur-créancier, sans offrir à celui-ci le paiement de ce qu'il lui doit, se constitue à son égard de mauvaise foi et commet un dol. Sans doute le droit romain classique n'avait jamais fait de la compensation un mode d'extinction des obligations proprement dit, il s'en était tenu, pour faire triompher le principe d'équité à un expédient de procédure : il avait simplement remis au juge le soin d'empêcher un résultat inique en mettant aux mains du défendeur, cet instrument de défense, l'exception de dol. Nous avons vu que ce moyen de défense menait logiquement à reconnaître au profit du débiteur poursuivi un droit de rétention sur sa dette, et que le Droit romain parais-

sait même avoir eu la notion assez nette de ce droit de rétention, ainsi qu'en témoigne la loi 6 D. De-comp. XVI. 2 — Et, bien que le Droit romain n'ait fait à cet égard qu'ouvrir la voie, il contenait en germe tous les développements qu'y a apporté depuis le droit germanique (1). Mais déjà, dans son dernier état, le Droit romain admettait que le créancier non payé, pouvait non seulement repousser la demande d'un adversaire de mauvaise foi, mais encore se payer par une sorte de saisie-arrêt opérée sur lui-même, de telle sorte, qu'il y avait libération réciproque (2) (Appleton, loc. cit. p. 471).

(1) Toutefois le Droit romain n'avait pas été, et avec raison, jusqu'à faire s'opérer la Compensation en dehors de toute instance, par une simple déclaration unilatérale de volonté. « En effet, » toute Compensation peut aboutir à un paiement partiel, de plus » comme elle implique double paiement, elle suppose que l'un des » deux est un paiement forcé. On comprend donc que les Romains » aient hésité à permettre à l'un des deux débiteurs, à la fois » créanciers l'un de l'autre, d'imposer à l'autre un paiement partiel. » Saleilles. Op. cit. § 56.

Sans doute la déclaration de Compensation est un moyen rapide et pratique de compenser; il offre en outre cet avantage de ne pas faire s'opérer la Compensation à l'insu des parties. Nous pensons pourtant que c'est là le côté faible du système allemand. Nous ne voyons pas en effet, pourquoi la volonté de compenser exprimée par l'une des parties serait le fait juridique de nature à entraîner à lui seul, sans l'intervention du juge, la Compensation. Le système, semble-t-il, manque ici de base juridique.

(2) Le système des *mutux petitiones* et des constitutions de sursis sont une preuve de plus de ce fait que le Droit romain faisait

Ainsi c'est donc l'équité qui est la base de la compensation. Sur cette base reposait en droit romain l'exception de dol, le moyen pratique de réaliser cette idée. Et la mise en œuvre de ce moyen se résolvait en l'exercice par le débiteur d'un droit de rétention sur sa dette.

« Dans la Compensation, dit M. Appleton, on distingue deux éléments, un acte de disposition émané du débiteur, un acte de coercition émané du juge. »

Or le premier élément l'acte de disposition du débiteur n'est pas à titre gratuit, mais à titre onéreux. Le débiteur poursuivi en opposant la compensation offre bien sa créance en paiement, mais il entend que son créancier, fasse le même sacrifice, et pour garantie de ce sacrifice, il retient sa dette, jusqu'au jour où le juge, délégataire de la puissance publique, contraindra cet adversaire à recevoir cet créance en paiement, au lieu de ce qui lui était dû, et déclarera les deux dettes réciproques éteintes.

La doctrine allemande a repris et développé cette notion de rétention, si féconde en résultats équitables. Mais depuis Azon, depuis Donneau, en passant par Brinz, l'exception de Compensation du droit classique s'est transformée, elle est devenue la déclaration de Compensation.

reposer la Compensation judiciaire sur un droit de rétention, exercée par le débiteur poursuivi sur sa propre dette. Le sursis à la demande principale assurait en effet au défendeur le droit de rétention sur sa dette.

Nous repoussons quant à nous le système de la déclaration du Code allemand, mais nous maintenons comme fondement juridique de la Compensation la notion, romaine d'origine, de la rétention.

Ainsi la coexistence de deux dettes, ayant ou non le même objet, entre deux personnes réciproquement débitrices et créancières l'une de l'autre, n'a pas pour résultat d'éteindre les dettes de plein droit; elle les laisse subsister. Chacune d'elles n'est pas annulée, mais neutralisée par l'autre; à partir du moment où les deux dettes sont en présence, chacune sert à l'autre de garantie, puisque chaque partie peut se payer elle même en retenant ce qu'elle doit, en formant comme on l'a dit, saisie-arrêt sur sa propre dette; de ce moment, dirons-nous, le droit à la compensation est acquis pour les parties.

Mais la compensation n'est pas encore effectuée. Il peut se faire même qu'elle ne s'effectue jamais, si les parties n'ont ni l'une ni l'autre intérêt à compenser.

Jusqu'ici le droit de rétention base de la compensation ne se révèle en aucune façon et n'existe qu'à l'état latent.

Mais vienne la mise en action de l'une des deux créances en présence, c'est alors que l'autre va pouvoir lui être opposée et la tenir en échec. Son titulaire, le débiteur poursuivi, en fait usage, il sollicite du juge l'autorisation de se payer sur la valeur re-

tenue entre ses mains, en même temps qu'il demande au juge, selon l'expression de M. Appleton, « de contraindre le demandeur à recevoir cette créance en paiement de ce qui lui est dû. »

Le débiteur poursuivi par suite de l'exercice de son droit de rétention se trouve, a-t-on dit, dans la situation d'un tiers saisi. Ne pouvant se faire juge de la validité de la saisie qu'il a pour ainsi dire formée entre ses mains, il se refuse à se dessaisir au profit du saisi, c'est-à-dire du demandeur, de la valeur retenue. Et comme, d'autre part, il ne peut de son propre mouvement s'attribuer en paiement cette valeur, il faut qu'une autorité indépendante vienne autoriser le débiteur poursuivi à se payer sur la valeur qu'il détient et forcer le demandeur à recevoir en paiement de ce qui lui est dû la créance que le défendeur a contre lui. C'est alors que « le juge inter-
« vient pour évaluer l'objet saisi et permettre au débiteur poursuivi de le garder en paiement de ce
« qui lui est dû réciproquement, du moins jusqu'à
« due concurrence » (1). (Appleton, loc cit. p. 535).

Car, opposer la compensation, c'est se refuser à exécuter son obligation, et nous ne voyons pas quelle autre autorité que celle de juge pourrait être compétente pour déclarer légitime ce refus d'exécution.

(1) Bien entendu il ne s'agit pas ici d'une identité parfaite entre la compensation et la saisie-arrêt, mais d'une simple analogie de situation.

Telle est, croyons-nous la véritable conception de la Compensation forcée.

On lui reproche sans doute de nécessiter un procès, tandis que la compensation légale s'opère soit de plein droit (code civil français), soit sur la déclaration de l'une des parties (code civil allemand), de toute façon en dehors de toute instance. On ne peut nier certes le côté pratique et rapide du système allemand, mais nous avons cru devoir le repousser comme entaché d'arbitraire. Quant à notre système de Compensation légale, nous croyons que c'est se montrer par trop optimiste que de dire qu'il ne nécessite pas de procès. S'il est en effet hors de doute qu'en droit la compensation légale ne suppose pas nécessairement un procès, il est également certain qu'en fait elle trouve le plus souvent sa consécration dans une instance où le juge se borne, il est vrai, à la constater. Tout se réduirait donc le plus souvent, à une différence de nature dans le rôle du juge.

On objecte aussi que la Compensation judiciaire ne pouvant produire d'effet qu'au jour de la sentence du juge, il en résulte que ce n'est qu'à partir de ce moment que seront définitivement fixés les droits des parties, qui restent ainsi jusqu'alors exposées à l'insolvabilité de chacune d'elles. Les tiers en peuvent être gênés : c'est ainsi que les cautions ou les créanciers hypothécaires subséquents se trouveront jusqu'à ce jour en face d'une dette qu'ils avaient intérêt à

voir s'éteindre le plus tôt possible. Enfin l'on ajoute que par une inconséquence évidente, et pour éviter tous ces inconvénients on a été conduit à donner à la compensation judiciaire un effet rétroactif, contraire à sa nature.

Bien que ce point soit controversé, nous pensons qu'en effet la compensation judiciaire ne peut être opéré logiquement que par la sentence du juge. (Laurent XVIII, n° 486. Colmet de Santerre. V. p. 251), mais il faut reconnaître que l'effet rétroactif donné à cette sentence bien loin d'être contraire à la nature de la compensation s'impose, cette fois d'une façon logique, si l'on admet que la compensation a son fondement dans un droit de rétention. La raison commande en outre de donner à la sentence du juge un effet rétroactif : les parties ne peuvent retirer de la compensation toute son utilité qu'autant qu'elle éteint les dettes réciproques dès le moment où toutes deux se sont trouvées compensables, c'est-à-dire à partir de leur coexistence ; alors seulement le but de la compensation est pleinement atteint. Quand il oppose la compensation, le débiteur poursuivi invoque une situation préexistante dont le juge doit tenir compte à partir du moment où elle a pris naissance. Dès que la compensation est devenue possible entre les parties, celles-ci y ont chacune un droit acquis ; la dette devient le gage de la créance. La sentence du juge ne fait que mettre en pleine valeur

es effets qui découlent de cette situation.

Déjà Donneau admettait cette rétroactivité (Lib. XVI cap. XV § 39), et considérait la compensation en droit romain comme ayant opéré un paiement « à partir du moment où elle aurait pu être opposée » le créancier s'étant trouvé payé dès le moment où il était devenu débiteur de son débiteur d'une somme équivalente.

Ceci dit, nous ne nions pas que la Compensation judiciaire puisse être préjudiciable aux tiers, ainsi d'ailleurs que toute garantie qui reste occulte. Car si le droit de rétention est en quelque sorte apparent pour les tiers, le droit de Compensation ne l'est pas, s'exerçant sur une chose incorporelle. Remarquons toutefois que cet inconvénient n'est pas l'apanage de la Compensation judiciaire, et se présente également dans la Compensation légale.

Par contre, l'adoption du système de la Compensation judiciaire, basée sur un droit de rétention, reportant dans le passé, au moment de la coexistence des dettes, l'effet de la Compensation, supprime ainsi les inconvénients et les résultats iniques qu'entraînent les exigences de notre loi en ce qui concerne la liquidité et l'exigibilité.

DEUXIÈME PARTIE

DE L'INFLUENCE DE LA FAILLITE

SUR LA COMPENSATION DES CRÉANCES

Nous avons jusqu'ici étudié la Compensation en elle-même, sans nous attacher à la solvabilité plus ou moins grande des deux débiteurs réciproques. Il nous faut rechercher maintenant quelle influence peut avoir sur cette institution l'insolvabilité d'un des deux débiteurs.

L'insolvabilité, dans notre législation du moins se manifeste sous deux aspects : c'est la déconfiture pour les non-commerçants, et, pour les commerçants la faillite, ou, depuis le 4 mars 1889, la liquidation judiciaire. C'est de la faillite ou de la liquidation judiciaire de l'un des deux débiteurs que nous allons nous occuper (1). Tout ce que nous dirons de la fail-

(1) On admet généralement et il a été jugé que l'état de déconfiture, n'entraînant pas, comme la faillite, le désaisissement, ne met pas obstacle à la Compensation. (Paris 17 novembre 1881. Journ. des faillites 1882. p. 40). Quand par son état le débiteur déconfit a diminué les sûretés données à son créancier par le contrat, il perd le bénéfice du terme (art. 1188 c. cir.) La déconfiture précipite alors en rendant sa dette exigible une Compensation qui ne se serait effectuée que plus tard. — Une application de cette déchéance du terme par suite de déconfiture a été faite par le Tribunal de la Seine à propos du désastre de la Cie du

lite s'appliquera pareillement à la liquidation judiciaire.

canal de Panama. Des obligataires de la Cie n'avaient fait qu'un versement partiel sur le montant de leurs obligations, quand arriva la déconfiture de la Cie. (Il ne pouvait en effet s'agir de faillite, puisque la Société anonyme était Société civile). La Société d'amortissement des obligations du canal de Panama (émission de 1888) réclama aux divers obligataires les versements devenus exigibles aux époques convenues lors de l'émission. Les obligataires firent offrir à la Société d'amortissement la part revenant à la dite Société dans les versements en retard. La Société prétendit ne recevoir ces offres que sous la réserve de la déchéance encourue par les obligataires à défaut du versement intégral, qui leur était imposé aux termes du prospectus d'émission, des échéances en retard. C'est ainsi que se présentèrent de nombreux procès sur lesquels la 1^{re} Chambre du Tribunal de la Seine eut à statuer, de 1889 à 1895. Les divers jugements rendus, notamment ceux des 26 juillet 1889, 6 déc. 1889 — 10 avril 1895 donnent gain de cause aux obligataires. Se basant sur l'état de déconfiture de la Cie de Panama judiciairement constaté par jugement du 15 décembre 1888, nommant un administrateur provisoire, et sur la déchéance du terme par elle encourue par application de l'art. 1188 c. civ., ces jugements décident que les obligataires qui n'ont pas opéré les versements réclamés, seraient autorisés, s'ils étaient astreints à faire ces versements aux mains de la compagnie, à réclamer aussitôt à leur tour la restitution des sommes par eux versées. « Attendu, disent les motifs que l'obligataire porteur de » titres non libérés, est alors un véritable prêteur qui s'est engagé à » verser la somme prêtée par fraction et à des échéances, en vue de » garanties dont la première est évidemment la solvabilité de l'em- » prunteur; — qu'il serait inadmissible que l'emprunteur venant à » tomber en déconfiture, le prêteur fût tenu de verser les sommes prêtées, alors que la déchéance du terme l'autoriserait à les réclamer aussitôt qu'il les aurait versées. »

Bien que le jugement n'en parle pas, il y a là une véritable Compensation entre la dette de versement de l'obligataire et sa créance en recouvrement.

On suppose donc que l'un des débiteurs réciproques est un commerçant qui a dû cesser ses paiements et qui, par suite, a été déclaré en faillite ou mis en liquidation judiciaire. Le patrimoine de ce débiteur est dès lors notoirement hors d'état de donner satisfaction à tous ses créanciers, et la sagesse et l'équité commandent de limiter autant que faire se peut la perte des créanciers et de la répartir également entre tous. Le but de la faillite, (ou de la liquidation), est d'empêcher l'insolvabilité du débiteur de s'accroître. Il est précisément aussi de contenter dans la mesure du possible tous les créanciers en établissant entre eux la plus parfaite égalité dans l'infortune. Elle peut être considérée comme une liquidation générale des biens du failli; elle est, peut-on dire, la réalisation en commun du droit de gage général des créanciers sur les biens de leur débiteur, établi par l'art. 2093 de notre Code civil.

En matière commerciale, comme en matière civile, c'est sur la masse des biens du débiteur, sur ses biens considérés *in globo* que s'exerce le droit de gage général, mais ce droit s'exercera ici d'une façon collective, au profit de tous les créanciers, au lieu de n'être, comme il le devient bien souvent, en cas de déconfiture, que le prix de la course.

Chacun des créanciers du débiteur failli ayant à prétendre un droit égal sur la fortune du failli considérée dans son ensemble, ne sera payé, à raison de

l'insolvabilité de son débiteur que proportionnellement au montant de sa créance ; il ne touchera qu'un dividende. Le taux de ce dividende est en rapport direct avec l'actif du débiteur. Aussi la détermination de la masse active des biens du failli apparaît-elle logiquement comme le premier acte de cette liquidation générale qui est la faillite.

Cette masse active appelée aussi masse partageable, sur laquelle les créanciers viennent chercher satisfaction, comprend naturellement à côté des biens en nature, les créances actives du failli, dont l'exercice appartient au syndic.

Or il se peut que le failli ait pour débiteur une personne qui, en retour a à prétendre contre lui un droit de créance, quelle sera la situation faite dans la faillite à un tel créancier ?

On peut concevoir à son égard deux traitements opposés.

Ou bien on contraindra ce débiteur à verser, sur les poursuites du syndic exerçant les droits de la masse ayant cause du failli, le montant intégral de sa dette, sauf à lui à produire ensuite à la faillite pour sa créance, — ou bien on lui accordera la faculté d'opposer, sur les poursuites du syndic, la compensation entre sa dette et sa créance.

L'intérêt pratique de la question est très grand. Nous avons vu en effet que, des principaux avantages de la compensation, le plus grand à nos yeux,

était d'assurer le créancier contre les risques d'insolvabilité de son débiteur. Or, si l'on se prononce pour la seconde solution le débiteur-créancier sort indemne de l'aventure, il n'a rien à redouter de l'insolvabilité de son débiteur.

Tout autre est sa situation si l'on adopte la solution première. Ce débiteur a, par hypothèse, commencé par payer intégralement sa dette, puis, il va produire à la faillite, et ne toucher en conséquence qu'un dividende proportionnel. Des deux créances, que l'on peut, pour plus de simplicité, supposer nominale^{ment} équivalentes, et qui naguère encore se présentaient l'une à l'autre comme entières, comme pleines de valeur, une seule n'a pas changé, celle du failli, l'autre, celle de son créancier, d'une valeur nominale toujours égale, n'est plus économiquement qu'une valeur diminuée, amoindrie. Son titulaire, privé du bénéfice de la compensation, sur lequel, en dehors de la faillite, il pouvait légitimement compter, ne va plus se trouver payé, comme l'on dit, qu'en monnaie de faillite ; — à moins toutefois que ce créancier, abstraction faite de toute compensation n'ait à invoquer une cause quelconque de préférence.

Car la faillite respecte les causes de préférence qui existaient avant elle au profit de l'un des créanciers. C'est ainsi que l'égalité est rompue au profit des créanciers nantis d'un gage ou d'une hypothèque, au paie-

ment desquels sont assignés certains biens du failli, mis ainsi en dehors de la masse partageable.

Si nous laissons de côté ces différents cas, voici comment se pose la question qui nous occupe : un débiteur du failli qui, abstraction faite de la faillite, serait dans le cas de faire valoir une créance en compensation, et qui, d'autre part n'a à se prévaloir à l'égard de son débiteur failli, ou plus exactement de la Masse, d'aucune cause de préférence, privilège, gage ou hypothèque, peut-il, sur les poursuites du syndic opposer la Compensation entre sa dette et l'intégralité de sa créance (le failli et son débiteur se trouvant ainsi intégralement payés l'un et l'autre) ? — Ou bien ce débiteur devra-t-il apporter à la masse le montant de sa dette, pour ne recevoir ensuite sur sa créance qu'un dividende proportionnel ?

La question est assez complexe et des distinctions s'imposent.

Nous étudierons dans une Section I la législation française, Doctrine et Jurisprudence.

Dans une section deuxième nous examinerons quelques législations étrangères.

SECTION I

Législation Française

CHAPITRE PREMIER

DOCTRINE ET JURISPRUDENCE. — PRINCIPES GÉNÉRAUX

Le système de la Compensation légale formant le droit commun de notre législation, les développements qui vont suivre s'appliqueront avant tout à ce mode de Compensation. Nous ne parlerons qu'accessoirement de la Compensation judiciaire et de la Compensation volontaire.

En l'absence de textes où soit explicitement écrite la réponse à notre question, force a été à la Doctrine et à la Jurisprudence françaises de rattacher leurs solutions aux principes généraux du droit qui forment la base de la Compensation légale d'une part, de la Faillite de l'autre.

Or, ainsi que nous l'avons vu, notre législation considère la Compensation légale comme un paiement fictif, s'opérant à l'insu même des partis, par la seule vertu de la loi. Nous ne devons pas nous étonner de voir notre Jurisprudence, approuvée en cela par la majorité de la Doctrine, faire application en

l'espèce qui nous occupe, de cette conception générale de la Compensation.

C'est en effet la notion de paiement fictif, combinée avec les principes de l'organisation de la faillite qui domine les décisions de la Jurisprudence en cette matière.

Toutes les distinctions que nous devons faire découlent des phases diverses de la procédure de faillite. Car la faillite présente plusieurs périodes, et parmi celles-ci, deux au moins, impressionnent très fortement, et de façon différente, la vie même des actes juridiques du failli.

Il est en effet deux faits qui déterminent dans la vie juridique du commerçant insolvable deux périodes bien tranchées.

C'est, d'une part, la cessation des paiements, pur fait d'appréciation, qui révèle l'état de faillite, mais en droit ne l'ouvre pas. C'est avec lui que commence la première période, (qui peut, à la vérité, comprendre en outre les dix jours qui précèdent la Cessation des paiements). Pendant cette période, appelée période suspecte, certains actes du failli, déterminés par la loi, sont nuls et sans effet à l'égard de la masse, et ce, à raison des circonstances ou de la nature de l'acte.

L'idée dominante de la loi, c'est qu'au cours de cette période, toute tentative de fraude, dont le résultat serait de diminuer l'actif commun, doit être ré-

primée. Dans ce but, la loi établit pour certains actes, une présomption de fraude qui n'admet pas la preuve contraire ; la fraude n'a d'ailleurs pas besoin d'être prouvée, et, en cela, la mesure déroge au droit commun de l'action paulienne. Spécialement, tous paiements pour dettes échues faits autrement qu'en espèces ou effets de commerce, sont, durant cette période, suspects, et réputés être faits en vue d'avantager tel ou tel créancier en fraude des droits de la masse ; ils sont comme tels annulés. (Art. 446. C. co.) Cela paraît d'ailleurs assez logique, puisque le futur failli à cette époque de sa vie commerciale a dû cesser ses paiements.

Ce que la loi défend d'ailleurs, ce sont moins les paiements véritables que les dations en paiement. Le paiement est en effet un acte normal de la part du créancier comme de la part du débiteur ; il n'attire aucunement la suspiscion. Il n'en est pas de même de la dation en paiement. On peut se demander pourquoi les parties ont dérogé au contrat, pourquoi dans l'exécution de l'obligation elles ont, à l'objet convenu substitué un objet différent. Cette substitution n'a-t-elle pas été faite précisément en vue de l'éventualité d'une faillite qu'on savait prochaine ? Voilà pourquoi la loi dans l'article 446 C. Co. a cru devoir annuler les dations en paiement.

Mais à l'inverse, tout acte que la loi ne déclare pas entaché de fraude sera validé, car la vie commer-

ciale du débiteur n'est pas, à cette époque, arrêtée. Il suffit de mesures de nature à se prémunir contre des fraudes évidentes ou possibles.

Le second fait plus brutal, plus absolu que le précédent, c'est le jugement déclaratif de la faillite, qui, en même temps qu'il clôt la période suspecte, ouvre véritablement la procédure de la faillite. Son effet principal est d'enlever au commerçant insolvable, au moins en partie, sa capacité juridique.

Nous allons examiner dans deux paragraphes distincts quel sera le sort de la compensation dans chacune des périodes que nous venons d'énumérer, au cours de la période suspecte d'abord, au cours de la procédure de faillite ensuite,

§ I. DU SORT DE LA COMPENSATION PENDANT LA

PÉRIODE SUSPECTE

Pendant cette période, la Compensation légale peut, sans aucun doute, s'opérer; c'est là un point incontesté. Une faillite survenant après que deux dettes réciproques, existant entre le failli et l'un de ses créanciers, se sont éteintes par la compensation légale, ne saurait porter atteinte à cette compensation.

Du jour, en effet, où les deux dettes réciproques se sont trouvées l'une en face de l'autre, compensables, (c'est-à-dire réunissant chacune toutes les conditions d'exigibilité, de liquidité et de fongibilité requises par la loi pour la compensation légale), elles

se sont réciproquement éteintes de plein droit : l'effet légal s'est accompli, il n'y a plus à y revenir. C'est qu'antérieurement à la déclaration de faillite, la cessation de paiements n'a pas pour les tiers d'existence réelle; elle ne se révèle à eux d'aucune façon. De plus, nous le verrons tout à l'heure certains paiements faits au cours de cette période suspecte sont annulés par la loi, mais cela n'est vrai que des paiements volontaires, car ce que la loi réprouve ce sont les arrangements intervenus entre le failli et l'un de ses créanciers dans le but d'avantager celui-ci aux dépens des autres. Mais ces nullités établies par la loi ne concernent nullement les faits juridiques qui se sont accomplis de plein droit, en vertu de la loi, sans le fait de l'homme. De ce nombre est la compensation légale. Ici en effet, l'extinction des dettes, le paiement fictif, comme on dit, a lieu d'une façon normale sans le fait du failli ni de son créancier, à leur insu même. Aucun acte ici n'est suspect de fraude, puisque la compensation est le fait même de la loi abstraite et impersonnelle.

Cette solution ne fait aucun doute en doctrine ni en jurisprudence. V. Demangeat. V. p. 161 note 1.

On ne saurait argumenter contre elle des articles 446 et 447 du Code de commerce qui établissent deux catégories de nullités les unes absolues, les autres facultatives, à l'égard de certains paiements faits par le failli en temps suspect.

L'article 446 C. civ. déclare « Nuls et sans effet. « *relativement à la masse*, lorsqu'ils auront été faits « par le débiteur depuis l'époque déterminée par les « Tribunal comme étant celle de la cessation des paie- « ments, ou dans les dix jours qui auront précédé « cette époque... tous paiements soit en espèces, soit « par transport, vente, *compensation* ou autrement « pour *dettes non échues*, et pour *dettes échues*, tous « paiements faits autrement qu'en espèces ou effets de « commerce... »

Ce que la loi frappe ainsi comme entachés de fraude, ce sont tous paiements faits volontairement par le débiteur d'une dette non échue. La loi y voit de la part du débiteur un acte de pure bonne volonté, un acte de disposition de nature à préjudicier à ses autres créanciers. De même encore sont atteintes par cet article toutes dations en paiement pour dettes échues, la dation en paiement n'étant pas l'exécution normale prévue au contrat, et pouvant par là amener des doutes sur sa sincérité. Il est clair que la Compensation volontaire ou conventionnelle, si on admet qu'elle est un paiement fictif tombe sous le coup de ces deux proscriptions, soit comme paiement volontaire d'une dette non échue, soit comme dation en paiement d'une dette échue. Mais nous avons dit qu'il n'en pouvait être ainsi de la Compensation légale.

Les travaux préparatoires de la loi sont en ce sens.

Lors de la discussion du nouveau titre des Faillites dans la séance du 29 mars 1838 à la Chambre, le rapporteur, sur la question d'un député, a pris soin d'expliquer que la compensation légale n'était pas atteinte par l'article 446.

La Jurisprudence adopte d'une façon constante cette manière de voir. Déjà la Cour suprême, par arrêt du 24 novembre 1841 (1), avait jugé que le failli pouvait compenser avec sa créance échue à l'époque de la cessation des paiements, la créance également échue que son débiteur avait acquise de bonne foi contre lui-même postérieurement à cette époque, « Attendu, dit l'arrêt, que les dispositions de l'art. 446 C. civ. qui prévoient uniquement un paiement volontaire par le failli, paiement qui, on le conçoit peut toujours être suspect de fraude, ne peuvent recevoir d'application en cas d'extinction de la dette par compensation ;... Que la fraude ne peut être supposée dans le cas de compensation légale, puisque c'est la force de la loi qui a opéré la libération, indépendamment de la volonté du créancier et du débiteur. »

Un arrêt de la cour de Metz du 16 juillet 1845 (2)

(1) Sirey 1842. I. 80.

(2) V. depuis Rouen 14 juin 1870. D. 1872 II 142. Cass. 8 Juillet 1862 D. 1862 I. 511. Paris 20 décembre 1886 Journ. fail 1887 p. 67 Aix 11 décembre 1889 Journ. fail 1890 139 Lyon 30 Mai 1891 Journ. fail 1891 411 Cass. ch. civ. 12 août 1890 Journ. fail 1890 p. 482. Cass 7 février 1899 France Judiciaire.

adopte cette décision et en reproduit les motifs. D. 1846. II. 14.

On cite pourtant en sens contraire un jugement de tribunal de Commerce Marseille du 10 août 1889 (Journ-faillites 1889. p. 489), qui doit être considéré comme une erreur, d'ailleurs rectifiée par l'arrêt de la Cour d'Aix du 11 décembre 1889.

Il est donc incontesté que le jugement déclaratif ne pourrait faire revivre une dette éteinte par la Compensation légale, en faisant remonter la cessation des paiements à une date antérieure à cette compensation. On ne peut qu'approuver cette solution au double point de vue de l'application des principes et de l'équité.

Mais bien entendu, il ne faut pas que la Compensation légale, qui s'est opérée en temps suspect, soit le résultat de conventions faites entre les parties pendant cette période, dans le but de modifier un état de choses préexistant, et de rendre possible cette Compensation légale.

Ainsi la compensation ne serait pas maintenue « si les parties d'accord rendaient l'une des dettes » exigibles alors qu'elle ne l'était pas, ou si l'une » d'elles, le débiteur renonçait au bénéfice du terme. »

On retombe alors dans une véritable Compensation conventionnelle, annulée par l'art. 446.

Il importe peu d'ailleurs que la dette à terme soit celle du failli ou celle de son débiteur. L'art 446

annule toute libération du failli, par voie de Compensation conventionnelle après la cessation des paiements.

Il en serait de même encore si la compensation avait eu lieu par suite d'un accord intervenu en temps suspect entre le failli et l'un de ses débiteurs, accord aux termes duquel, par exemple, le débiteur du failli s'est rendu acquéreur par transport ou autrement d'une créance contre le failli. Il n'est pas douteux alors que le débiteur du failli ne pourrait prévaloir de la compensation ainsi opérée (Paris 18 janvier 1865. S. 1865 II. 281.

Mais dans chacun de ces cas, l'incertitude porte sur le point de savoir de quel texte de loi l'on doit faire découler la nullité de la Compensation légale ainsi opérée. Fait on en pareil cas application de la nullité absolue édictée par l'art. 446 C. C. ou de la nullité facultative de l'article 447 du même Code. Cet article permet au juge d'annuler tous actes à titre onéreux faits par le failli en temps suspect, à la condition que celui qui a traité avec le failli ait eu, au moment de l'opération connaissance de l'état de cessation des paiements.

Nous avons dit plus haut qu'il s'agissait là d'une application de l'article 446. C'est également la doctrine de l'arrêt précité de la Cour de Paris du 18 janvier 1805. La tendance générale est cependant pour la non applicabilité de ce texte. — « Selon nous,

» disent MM. Lyon Caen et Renault, 446 est sans » application, dès que les conditions requises pour la » Compensation légale ont été réunies. » (Traité de Droit Commercial VII n° 358). — V. Boistel. Droit Commercial n° 941 (1).

Dans une note importante sous un arrêt de la Cour de Cassation du 27 juin 1876, rapporté dans Sirey 1877 I. 241. M. Labbé pour résoudre la question propose une distinction, « Deux obstacles, dit-il peut » vent empêcher la Compensation légale, le défaut » d'exigibilité, le défaut de liquidité. » — Si les parties ont rendu exigible après la cessation des paiements, une créance qui ne l'était pas, il paraît à M. Labbé, inévitable d'appliquer l'art. 446, car il y a eu paiement d'une dette non échue en temps suspect, par le moyen d'une compensation, ce qui rentre bien dans les termes de l'article 446 § 3. Mais la solution lui paraît devoir être tout autre si, les deux créances étant exigibles, et la créance du failli étant seule liquide, les parties ont procédé d'un commun accord à la liquidation de la dette du failli. Rien n'empêche, dit, M. Labbé, le créancier du failli de faire liquider sa créance en justice durant la période suspecte ; dès lors, pourquoi ce qui peut se faire en justice, ne se ferait-il pas à l'amiable ? Pourquoi donc entacher de fraude semblable convention ? Les ter-

(1) Cass. req. 26 juillet 1881 D. 1882 I. 296. — Orléans D. 1853 II. 167 Cass. 12 août 1890. Ann. de dr. Commercial 1^{re} partie 1890 p. 228

mes de 446 ne militent plus en faveur de cette solution. Et, pour rendre sa démonstration plus saisissante M. Labbé construit une espèce qui a peut-être le tort d'être trop favorable. « Je suis créancier, dit-il, » à l'égard d'un commerçant d'une somme non liquide de beaucoup plus considérable que la somme liquide que je dois. Ma créance est exigible. J'ai » jusqu'à la déclaration de faillite, le droit d'agir en » paiement de ce qui m'est dû. Je puis dans ce but » agir en justice pour faire liquider ma créance. Si je » rencontre un débiteur de bonne composition, si » aucun différend ne nous divise, ne puis-je pas à » l'amiable régler le montant de ma créance et obtenir le paiement de ce qui m'est dû? Le règlement » et le paiement échappent à la nullité de 446 et n'ont » à redouter que l'annulation éditée par 447. Or la » liquidation a rendu possible pour une partie de ma » créance une compensation qui à dû s'opérer. Cette » compensation n'est-elle pas à l'abri de la critique » tout autant, ni plus ni moins que le règlement qui » l'a précédée, et le paiement de l'excédent qui l'a » suivie, c'est-à-dire valable sauf la fraude démontrée ? »

Malgré la distinction si ingénieuse de M. Labbé, nous nous rangeons cependant à la doctrine de la Cour de Paris 1865. La distinction cadre mal en effet avec les termes de l'art. 446 qui prohibe tous paiements pour dettes échues (et c'est bien là l'espèce), faits

autrement qu'en espèces ou effets de commerce. Puisque l'art. 446 autorise le paiement des dettes échues en espèces ou effets de commerce, et prohibe toute dation en paiement, c'est donc que ce que ce texte prend ici en considération c'est le mode de libération. A tort ou à raison, l'art. 446 quand il s'agit de dettes échues, se montre plus facile pour le paiements en espèces ou effets de commerce, que pour tout autre mode de libération (transport, vente, compensation). A tort ou à raison la loi a suspecté le caractère de sincérité de ces derniers modes de libération, elle a cru y voir une collusion possible entre le failli et son créancier-débiteur. On n'a pas le droit, nous semble-t-il, de mettre sur le même pied, comme on le fait, le paiement et la compensation (la compensation conventionnelle, bien entendu, et c'est à cela qu'aboutit tout accord qui a pour but la liquidation des créances), — puisque précisément l'art. 446 déclare le premier valable s'il est fait normalement, sauf à l'annuler s'il y a lieu en vertu de l'art. 447, tandis qu'il défend d'une manière absolue, sans réserve, la Compensation conventionnelle, qu'il met au rang des dations en paiement.

Sans doute, le résultat auquel on arrive ainsi n'est pas très rationnel. Il n'est pas très rationnel qu'on ne puisse arriver à la compensation en rendant sa créance liquide à l'amiable au temps suspect, alors que le paiement fait au cours de cette période pourrait

être valable, alors surtout que serait admise la compensation succédant à la liquidation en justice, durant la période suspecte, de la même créance, (encore qu'après tout, l'intervention de la justice puisse justifier une telle distinction!). — On peut certes regretter que la compensation obtenue par suite d'une liquidation amiable ne soit pas admise, sauf à la déclarer nulle au besoin, toutes les fois que la fraude sera patente, — s'il a été démontré, par exemple, que l'accord inermine n'est intervenu que par suite de la connaissance, qu'avait le créancier du failli, de la cessation des paiements. Et nous croyons avec M. Labbé, — et la grande majorité des auteurs et la Jurisprudence, — qu'il serait bon d'écarter ici la nullité absolue de l'art. 446, tout en laissant planer sur le mode de libération dont s'agit la menace de la nullité facultative de l'art. 447.

Mais si telle est la doctrine rationnelle qu'on souhaiterait voir passer dans la pratique, nous ne croyons pas que ce soit celle de notre loi positive, interpréter l'art. 446 en ce sens, ce serait lui faire dire autre chose que ce qu'il dit, c'est-à-dire aboutir à le supprimer. Il y a mieux : un même acte peut tomber sous le coup tantôt de l'art. 446, tantôt de l'art. 447. C'est ainsi que l'envoi de la provision par le tireur d'une lettre de change à l'accepteur est nul de droit s'il a lieu avant l'échéance de la lettre de change, comme paiement d'une dette non échue fait durant

la période suspecte, et n'est frappé que d'une nullité relative, c'est-à-dire soumis à l'appréciation du juge, s'il a lieu postérieurement à cette échéance.

Cass. Req. 30 mai 1859. Sirey. 1859 I. 748. Toulouse. 12 mars 1899. Gaz. Trib. des 4 et 5 sep. 1899.

Ainsi donc, en temps suspect, à la veille même du jugement déclaratif de la faillite, la compensation légale s'opérera valablement (1), si toutefois la dette du failli et la créance à lui due sont toutes deux devenues normalement liquides et exigibles avant la déclaration de faillite. Par contre, toute compensation conventionnelle sera annulée pendant cette période, et il devra être fait retour à la masse, au profit de laquelle seule, sont édictées les nullités de l'art. 446, par le débiteur du failli, des valeurs compensées.

§ II. — DU SORT DE LA COMPENSATION APRÈS LE JUGEMENT DÉCLARATIF DE FAILLITE.

Nous allons nous occuper maintenant de l'effet du jugement déclaratif de faillite sur la Compensation.

Il est tout d'abord évident que la Compensation conventionnelle prohibée durant la période suspecte ne saurait à *fortiori* être admise après le jugement déclaratif de faillite. Les explications qui vont

(1) En nous basant sur les motifs qui ont fait édicter l'art. 446, nous pensons qu'on doit tenir pour valable la Compensation prononcée par le juge entre une dette et une créance d'un failli pendant la période suspecte.

suivre ne s'appliqueront donc qu'à la compensation légale.

On suppose donc que la compensation légale qui, nous l'avons vu aurait pu s'effectuer durant la période suspecte, n'a pas en fait eu lieu : les conditions de compensabilité légale de l'art. 1291 C. civ. ne se sont pas trouvées réunies avant la faillite. Arrive le jugement déclaratif et, postérieurement à celui-ci les créances deviennent légalement compensables. La question se pose de savoir si l'on admettra le créancier débiteur du failli à se prévaloir de la compensation devenue ainsi possible, ou si au contraire on l'obligera à verser à la masse le montant intégral de sa dette, sauf à lui à produire à la faillite pour sa créance et à ne toucher qu'un dividende proportionnel.

Pour rappeler les précédents historiques, nous avons vu que la législation romaine devait être comprise en ce sens que le *bonorum emptor* était tenu de déduire de la dette dont il réclamait le paiement, l'intégralité de la créance, même non échue, même portant sur un objet différent, que le débiteur avait contre le *defraudator*.

Nous avons vu également que dans le Droit des républiques italiennes au Moyen âge le droit de rétention s'était confondu avec le droit de compensation, et aboutissait à l'égard des commerçants entre eux à la neutralisation des dettes réciproques. Ce

droit s'appliquait même au cas de faillite. Goldschmidt (1) en fait remonter les premières traces aux Statuts des villes commerciales de l'Italie. « Au « créancier commerçant, dit-il, par exemple, bien « qu'il ne soit pas le seul, au commissionnaire, il « était accordé contre son débiteur commerçant « failli, pour toutes ses créances commerciales non « échues, un droit absolu de rétention et de préférence, ne recevant de limite du chef des droits « d'aucun autre créancier, un droit de gage légal et « privilégié, ou ce qu'on peut appeler plus justement « à cause du résultat pratique, *un droit privilégié de « rétention et de Compensation* » : un droit de rétention transformé en droit de Compensation. »

C'est ainsi que le Statut des Marchands de Florence de 1577 lib. III. ch. 2, *Dei cessanti e fugitivi*, conférait aux marchands entre eux un droit de gage légal et privilégié sur tous les biens de leur débiteur failli se trouvant en leurs mains ou à leur disposition pour toutes créances sans exception : « Celui qui, au » temps de la faillite d'une personne, se trouvera » avoir en sa possession ou en celle d'autres personnes à son service, en quelque lieu que ce soit, des » marchandises, ou des valeurs de diverses sortes..., » s'il est le vrai et légitime créancier du remettant » depuis tombé en faillite, soit qu'il lui ait prêté des » fonds, soit qu'il lui ait fait des avances par voie

(1) Handbuch des Handelsrechts, p. 999 et seq.

» de change, soit qu'il ait accepté des engagements
 » pour lui, doit pouvoir garder ces marchandises ou
 » valeurs comme étant obligées à sa créance, par pré-
 » férence à tout autre créancier de la faillite : il en
 » conservera la rétention jusqu'à ce qu'il soit payé,
 » et dans la mesure de son titre ne sera pas obligé de
 » venir à contribution, mais pourra tout au contraire
 » faire valoir par voie de vente son remboursement
 » sur les dites valeurs.

De même, les statuts révisés de Gênes de 1589, liv. IV tit. XIV, de *Compensationibus*, donnent au créancier contre son débiteur failli, même pour dettes à terme, un *droit de Compensation et de rétention* sur toutes valeurs ou marchandises appartenant au failli et se trouvant en sa possession : « Si quis erit seu remanserit creditor alicujus vel occasione cambiorum vel alia quavis et e contra erit seu remanserit debitor ejusdem et hæc sive in diem sive pure, — et aliquis ipsorum creditoris aut debitoris efficiatur non solvendo, qui sic debitor et creditor remanserit, præferatur omnibus in compensatione et retentione pro concurrenti quantitate ».

Nous trouvons un écho de ces usages dans les écrits des jurisconsultes italiens, dans Scaccia, par exemple, et dans Casarégis (1). Par faveur pour le

(1). — « Ideo per hanc æquitatem rationem, et eo fortius ob favorem publici commercii de jure permittitur inter mercatores compensatio etiam in iis casibus, in quibus regulariter attento juris rigore, non procedit. » Casar. Disc. leg. 76, n. 9.

commerce, nous dit ce dernier auteur, la compensation entre marchands avait lieu, même dans des cas où régulièrement elle n'aurait pas dû s'opérer, — même au préjudice de créanciers hypothécaires antérieurs (1).

Goldschmidt nous indique également que ces règles furent empruntées au droit italien par de nombreux règlements de change allemands du XVIII^e siècle. (Goldschmidt. Loc. cit. p. 1004. n. 24 (2).

C'est ainsi que la législation d'Augsbourg (Décret du 28 février 1682, révisé en 1778) en matière de change, porte que « Celui qui, au moment de l'ouverture d'une » faillite intérieure ou étrangère, a en sa possession, » des billets, de l'argent, on est nanti d'objets quel- » conques à titre de gage, de commission, de vente, » d'expédition ou autrement, et d'un autre côté a » contre le failli une créance déjà liquidée ou sus- » ceptible de liquidation, celui là est fondé à exercer » sur les dites valeurs, le *droit de compensation et de* » *rétention*, de manière que la couverture dépassant » la créance, il restitue à la masse l'excédent, et dans » le cas contraire, qu'il se paie sur sa rétention et pro- » duise dans la masse pour le surplus ».

(1) « Compensatio fit ipso jure inter mercatores, etiam in præjudicium » creditorum anteriorum hypothecam habentium. ». Id. Disc. leg. 155. » n. 21.

(2). — Législation de Brême ; de 1712 art. 56. — Francfort, de 1739 » art. 54 ; de Hambourg de 1753 art. 34 § 3.

Ainsi, comme les Romains, les statuts italiens et les règlements germaniques du dernier siècle admettaient la compensation en faillite.

En ce qui concerne notre droit positif, il est cependant très certain en thèse générale, qu'à partir du jugement déclaratif de faillite, aucune compensation ne peut valablement s'opérer au profit de celui qui est à la fois créancier et débiteur du failli.

C'était en ce sens déjà, après quelques divergences, que nous fait connaître Merlin (*Répertoire de Jurisprudence* p. 637-638), qu'un arrêt de la Cour de cassation du 12 février 1811 (1), cassant un arrêt de la Cour de Bruxelles du 6 février 1801, avait, sous l'empire des dispositions anciennes du Code de Commerce (art. 442 ancien), fixé notre Jurisprudence V. Cass, 10 juillet 1832 (2).

Cette Jurisprudence n'a pas varié depuis la loi du 5 juin 1838 qui a modifié le titre des faillites, et il n'y avait pas non plus de raisons pour qu'elle variât, les dispositions de l'article 442 ancien sur lesquelles était basée cette Jurisprudence ayant été maintenues presque dans les mêmes termes dans l'art. 443 nouveau du Code du commerce.

Cet article édicte le dessaisissement qui est la suite nécessaire du jugement de faillite; et, des effets de dessaisissement, la Doctrine et la Jurisprudence ont

1. Sirey 1811. I. 141.

2. Sirey. 1832. I. 429.

conclu a la prohibition de la compensation des créances dans la faillite.

« Le jugement déclaratif de faillite, dit l'art. 443, « emporte de plein droit, à partir de sa date, des-
« saisissement pour le failli, de l'administration de
« tous ses biens, même de ceux qui peuvent lui échoir
« tant qu'il est en état de faillite. »

Par l'effet du jugement déclaratif le débiteur se voit donc de plein droit et sans qu'il en puisse être autrement, enlever l'administration de ses biens, qui passe aux syndics provisoires désignés par le jugement.

Cette mesure énergique, innovation, dans notre droit, du Code de 1808, est empruntée à l'école des jurisconsultes italiens. (Casaregis, Disc. 75 n. 2). On trouve l'exposé de cette doctrine dans Roccus, de decoct, note 36, n. 108.

Elle a pour but de fixer définitivement au jour de la faillite la situation respective des créanciers à l'égard les uns des autres, et d'empêcher notamment le failli d'avantager l'un de ses créanciers au détriment de la masse. Il ne faut pas, dit-on, que le failli puisse, à partir de la faillite, rien retrancher à son actif, ni rien ajouter à son passif. Dans ce but, on soustrait le patrimoine du failli à l'influence de celui-ci, en le faisant passer en quelque sorte sous la main de ses créanciers. Le dessaisissement opère ainsi, comme fait une saisie-arrêt à l'égard des valeurs

arrêtées aux mains d'un tiers saisi. Seulement cette saisie-arrêt au lieu de n'opérer qu'au profit d'un seul, opère ici collectivement au profit de tous les créanciers.

Ce dessaisissement frappe tous les biens meubles et immeubles, corporels ou incorporels, présents, et à venir, du failli, qu'ils dépendent ou non de son commerce. Toute acquisition nouvelle profite à la masse des créanciers, mais le dessaisissement ne produit effet qu'entant que le patrimoine du failli constitue le gage commun de ses créanciers, et les biens n'adviennent à la masse que grevés des charges existant au moment de l'acquisition.

Le failli conserve d'ailleurs la propriété de ses biens et n'en perd que l'administration et la disposition; le dessaisissement ne fait que frapper le patrimoine du failli d'indisponibilité. Lefailli ne peut donc plus payer, et puisqu'il a perdu l'administration de ses biens, ne peut pas non plus recevoir. S'il a payé quoi que ce soit à l'un de ses créanciers après la déclaration de faillite, ce paiement est nul et doit être rapporté, comme fait au préjudice de la masse, sinon l'égalité que la loi désire serait rompue; car nul ne peut acquérir après la faillite aucun droit particulier au préjudice de la masse.

De cette indisponibilité des biens et valeur du failli on a conclu à l'impossibilité de faire s'opérer toute compensation à partir du jugement déclaratif

de faillite (1). La compensation s'analyse, dit-on en un double paiement, paiement de la part du failli, paiement de la part de son créancier. Or, tous deux sont dans des situations juridiques différentes ; si le créancier peut toujours payer, étant *in bonis*, le failli nous l'avons vu, ne peut plus, à partir du jugement déclaratif faire aucun paiement au détriment de la masse. Il ne peut donc plus compenser. On ne comprendrait pas que ce qui ne vaut pas comme paiement pût valoir comme compensation. Voici donc comment les choses se passeront ; la créance du failli devra être intégralement payée à la masse, et sa dette subir la réduction au marc le franc.

(1) Dès qu'on rattache aux effets du dessaisissement la solution qui a prévalu et qui prohibe la compensation en faillite, on peut se demander si l'on doit admettre cette même solution en matière de liquidation judiciaire. En effet si la déclaration de faillite entraîne le dessaisissement absolu du failli (art. 443. C. civ.), l'absence de dessaisissement est au contraire l'un des effets caractéristiques de la liquidation judiciaire : c'est la différence capitale entre les deux institutions. Si dans la faillite les syndics concentrent entre leurs mains l'administration des biens du failli qui est presque sans droits, dans la liquidation judiciaire au contraire le liquidé conserve l'administration de son patrimoine.

Mais il ne conserve pas le droit de disposer de ce patrimoine qui est devenu le gage commun des créanciers. Ceux-ci ont le même intérêt qu'au cas de faillite à ce que l'actif ne soit pas diminué ni le passif augmenté. Le régime de faveur que la loi organise pour un débiteur malheureux ne peut aller jusqu'à permettre le sacrifice des droits de ses créanciers. Dans la faillite comme dans la liquidation judiciaire, ceux-ci se trouvent dans la même situation, et par conséquent il y a mêmes raisons de décider que la compensation ne peut être admise ni dans l'un ni dans l'autre cas.

Prenons un exemple, pour mieux préciser la question.

Le jugement déclaratif est du 1^{er} janvier 1899. A cette date, le commerçant failli Paul devait à Pierre 1000 francs. Cette dette était liquide et exigible dès avant la faillite de Paul. Puis postérieurement à cette époque, la dette de Pierre envers Paul arrive normalement à échéance. Pierre ne pourra pas, aux poursuites du syndic opposer la compensation : il devra payer les 1000 francs qu'il doit à Paul, et en retour, il n'obtiendra qu'un dividende sur ce qui lui est dû. C'est que la créance de Pierre s'est transformée, dit-on, au jour de la faillite, en un droit à un dividende dont le quantum est indéterminé. Ce qui lui est dû désormais par suite de la saisie-arrêt collective du dessaisissement amenant le concours entre les créanciers, ce n'est plus 1000 francs mais seulement une part de l'actif proportionnelle à ces 1000 francs. De liquide qu'elle était sa créance est devenue illiquide,

Nous ne croyons pas que cette explication soit bien exacte, car même à supposer que la créance de Pierre fût restée liquide, la solution s'imposerait, par suite des effets du dessaisissement.

Quoiqu'il en soit après le jugement déclaratif, il n'y a donc plus de compensation possible. Tout ce qu'on peut admettre, c'est la compensation à due concurrence entre la dette de Pierre et le dividende dont il est créancier envers la faillite, une fois que ce

dividende sera fixé. V. Dalloz. Jur. gén. V^o Faillite n^o 251.

Sans doute, la solution peut sembler rigoureuse, d'autant plus rigoureuse même que le créancier du failli pourra se voir privé du bénéfice de la compensation uniquement peut être par ce fait que le failli aura, intentionnellement ou non, négligé de donner à sa créance, avant l'événement de la faillite, le caractère de liquidité requis pour la Compensation légale. Mais, si inique qu'elle puisse paraître, cette solution est cependant commandée par les principes de notre droit en matière de Compensation et de Faillite ; — elle est enseignée par la majorité de la Doctrine, et appliquée couramment par notre Jurisprudence. Agen 3 janvier 1860 S. 1860 II. 140. Cass. 9 juillet 1860 S. 1860 I. 696. — Cass. 20 juillet 1870. S. 1872 I. 65 ; — 16 août 1875 S. 1875. I. 444 ; — 13 mai 1879 S. 1880. I. 160. — Paris 1^{er} juillet 1885 sous Cass. 3 mai 1887. Ptes. Faíses. 1887 I. 171.

Que si maintenant nous supposons qu'avant le 1^{er} janvier, jour où il a été mis en faillite, le commerçant Paul était créancier de Pierre de 1000 francs créance exigible et liquide et qu'il était lui-même débiteur, mais débiteur à terme de la même somme, la Compensation légale sera-t-elle possible ? Avant la déclaration de faillite, et pendant la période suspecte, nous avons vu que la négative était certaine, L'art. 446 C. co. s'y oppose. Seule la Compensation légale eût

été possible dans cette période, mais l'une des deux créances, celle de Pierre n'en était pas susceptible, puisqu'elle n'était pas exigible.

Mais après la déclaration de faillite, ou mieux même au moment de cette déclaration, la créance de Pierre n'est-elle pas devenue exigible, en vertu de l'art. 444 C. co., et, partant, la compensation n'a-t-elle pu s'opérer à ce moment précis où les deux créances exigibles et liquides, réunissaient, semble-t-il, les conditions de compensabilité légale? Nullement. — On a donné de cette solution le même motif que dans l'espèce première, et l'on a dit qu'au jour de la faillite, sans doute les deux créances se trouvaient exigibles, mais que la créance de Pierre s'était transformée par le fait de la faillite en un droit à un dividende incertain et indéterminé, et qu'en même temps que cette créance devenait exigible elle cessait d'être liquide. Nous avons dit déjà ce que nous pensions de cette explication, et nous estimons que c'est dans les effets du dessaisissement qu'il faut chercher la vraie raison de la prohibition de la compensation en pareil cas. Le jugement déclaratif arrête par le dessaisissement la situation respective des créanciers et des débiteurs, et, dès lors, aucune compensation ne peut plus s'opérer entre les sommes dûes au failli et celles dont il est débiteur. L'exigibilité des créances qu'entraîne la faillite ne saurait au surplus créer au profit de l'un des créanciers une sorte de

privilège. Elle n'a pour but que de mettre tous les créanciers sur la même ligne et de leur permettre de produire à la faillite. Les auteurs et la Jurisprudence sont unanimes sur ce point. V. Renouard. des Faillites t. II. p. 321. Massé. Dr. commercial V. n° 391. — Pardessus. Dr. commercial n° 1125. Alauzet. Commentaire du C. co. t. IV. n° 1676. Aubry et Rau IV. p. 228 n° 15.

Cass. 12 février 1811 S. 1811 I. 141. — 17 fév. 1823 S. 1824 I. 82, Lyon 25 janv. 1825. S. 1825 II. 126. Cass. 24 nov. 1841. S. 1842. I. 80. Cass. civ. 9 juillet 1860, S. 1860, I. 696. — Cass. 27 juin 1876. J. Pal. 1877 625.

Un arrêt de la Chambre civile du 14 mars 1854 (1) a proclamé de même que « l'exigibilité des dettes « non échues, prononcée à partir du jugement décl. « ratif par l'art. 444 C. c. n'autorisait point la « compensation de ces dettes avec les créances « antérieurement échues au profit du failli, compen- « sation formelleuement interdite par l'art. 446 du « même Code. »

Toutefois nous croyons que c'est à tort que la Cour a fait intervenir ici l'art 446 C. co.. Cet article n'a pas la portée qu'on veut lui donner. Tout le monde est d'accord sur ce point, cet article prohibe la Compensation conventionnelle durant la période suspecte. Or il ne s'agit pas en l'espèce de Compensation conventionnelle mais bien de savoir si l'exigibilité

(1) Sirey. 1854 I. 355.

produite par le jugement déclaratif permet la Compensation légale. L'art. 446 n'a rien à voir avec cette question.

On a voulu aussi rattacher à l'art. 1298 du Code civil, l'impossibilité pour le créancier du failli d'opposer en compensation sa créance non échue avant le jugement déclaratif et que l'événement de la faillite a seul rendu exigible. (Périnet, thèse pour le doctorat. p. 124, note).

L'art. 1298 C. civ. dispose que « la compensation
« n'a pas lieu au préjudice des droits acquis à des
« tiers. Ainsi celui qui, étant débiteur est devenu
« créancier depuis la saisie-arrêt faite par un tiers
« entre ses mains, ne peut, au préjudice du saisissant,
« opposer la compensation. »

Toute compensation est donc interdite entre la créance saisie-arrêtée et celle qui pourrait advenir au tiers saisi contre le saisi depuis la saisie-arrêt. C'est que la saisie-arrêt a créé au profit du saisissant un droit que ferait disparaître la compensation. Le tiers saisi ne pourraient en effet faire un paiement au préjudice du droit acquis au saisissant par la saisie-arrêt. (1242, C. civ.), il ne pourra davantage compenser. Il a de même été jugé que la compensation serait impossible si la créance du tiers saisi bien qu'antérieure à la saisie-arrêt, ne réunissait les conditions de compensabilité légale que postérieurement à cette

saisie. (Cass. 8 novembre 1882. Sirey 1884. I. 333. D. 1883. I. 305).

Or le jugement déclaratif qui entraîne le dessaisissement du failli opère, nous l'avons vu, à la façon d'une saisie-arrêt et frappe d'indisponibilité les créances du failli, en même temps qu'il rend exigible les créances des tiers contre le failli (art. 444). Il saisit-arrête les sommes dont ces tiers peuvent être débiteurs envers le failli, c'est-à-dire envers la masse (Aubry et Rau III. § 326). Celle-ci joue dans la faillite le rôle du créancier saisissant, le failli celui du saisi, et le tiers, à la fois créancier et débiteur du failli celui de tiers saisi. La compensation entre la créance du failli et celle du tiers débiteur du failli préjudicierait donc au droit acquis à la masse par le jugement déclaratif et violerait ainsi l'art. 1298. C. civ.

M. Demangeat (sur Bravard. t. V. p. 161), repousse cette manière de voir comme inexacte. « En effet, « dit-il, si le tiers-saisi ne peut se prévaloir, contre le « saisissant, d'une créance qu'il a sur le saisi « et qui n'était pas échue lors de la saisie-arrêt, c'est « qu'au moment où elle devient exigible le tiers-saisi « n'est pas débiteur et créancier d'une seule et même « personne : il est devenu débiteur du saisissant, « tout en restant créancier du saisi. Or, en matière « de faillite, il en est tout autrement : car le failli « n'est pas dessaisi seulement au point de vue actif, « au point de vue de ses créances, il l'est également

« au point de vue passif, au point de vue de ses
« dettes. La masse succède au failli pour ses dettes
« et non pas seulement pour ses créances. Elle diffère
« donc essentiellement à cet égard du créancier qui
« fait saisie-arrêt, et l'art. 1298 applicable au cas de
« saisie-arrêt ne l'est point au cas de faillite. »

Remarquons tout d'abord qu'il n'est pas exact de
dire que « si le tiers-saisi ne peut se prévaloir contre
« le saisissant d'une créance qu'il a sur le saisi.....
« c'est qu'au moment où elle devient exigible, le tiers
« saisi n'est pas débiteur et créancier d'une seule et
« même personne : il est débiteur du saisissant, tout
» en restant créancier du saisi. »

Le tiers saisi n'est pas en effet devenu débiteur du
saisissant par suite de la saisie-arrêt ; il ne le devient
qu'autant qu'il aura été jugé tel, quand un jugement dé-
finitif aura validé la saisie-arrêt. Jusqu'alors, par
l'effet de la saisie, la somme dont il est débiteur en-
vers le saisi reste indisponible entre ses mains, il ne
peut s'en dessaisir par un paiement effectif ou une
compensation au préjudice du droit acquis au saisis-
sant, mais c'est là tout. C'est pour cette raison et pour
celle-là seulement que la compensation ne peut s'opé-
rer entre la dette du tiers saisi envers le saisi et celle
de ce dernier envers le tiers saisi, contractée ou de-
venue exigible postérieurement à la saisie. Et le tiers
saisi est si peu devenu débiteur du saisissant après
la saisie-arrêt, et l'est si bien resté du saisi que le lé-

gislateur a dû par une disposition spéciale empêcher toute compensation que pourraient être teniés d'opérer le tiers saisi et le saisi, ou que la loi elle-même aurait effectuée au préjudice du saisissant. C'est donc bien qu'il y a entre eux matière à compensation, ce qui n'existerait pas si le tiers saisi avait cessé d'être débiteur du saisi pour le devenir du saisissant, et qu'il existe encore même après la saisie-arrêt, entre le tiers saisi et le saisi des rapports réciproques de créancier et de débiteur.

D'autre part, s'il est exact de dire que le failli se trouve dessaisi tout au point de vue actif qu'au point de vue passif, et que la masse succède au failli pour ses dettes comme pour ses créances, cela n'a rien à voir dans la question. Ce qu'on recherche en effet c'est de savoir si l'effet du jugement déclaratif, qui se produit à l'égard des dettes et créances du failli, au point de vue spécial de la compensation, c'est le même que celui qu'entraîne une saisie-arrêt. De ce que l'on considère la masse comme succédant au failli pour ses créances, il suit que le dessaisissement l'empêche de distraire de l'actif partageable n'importe quelle valeur, n'importe quelle créance, pour servir à la satisfaction d'un seul créancier. De ce qu'on la considère comme succédant au failli pour ses dettes, il suit qu'aucune de celles-ci ne peut plus être payée avec une valeur quelconque distraite de l'actif au préjudice du droit que la masse elle-même

a acquis, par suite du dessaisissement, sur les créances et valeurs du failli. La masse se trouve, si l'on veut, dans la situation d'un créancier qui aurait fait saisie-arrêt sur soi-même, elle joue à la fois le rôle du saisissant et du tiers saisi. Ce qu'il y a de particulier ici, c'est que le dessaisissement au lieu d'être simple, c'est-à-dire de n'exister qu'au point de vue actif, et d'être particulier à une créance du saisi, comme dans le cas de saisie-arrêt, est ici double et collectif. Mais cela n'empêche pas l'idée maîtresse qui a dicté l'art. 1298 du C. civ. à savoir l'indisponibilité de la créance du saisi par suite de la saisie-arrêt de se retrouver au cas de faillite, et de justifier ainsi le rapprochement indiqué plus haut. Car il est bien entendu qu'il ne peut être question entre les deux situations que d'un simple rapprochement, et non d'une identité parfaite.

CHAPITRE II

EXCEPTIONS APPORTÉES PAR NOTRE JURISPRUDENCE AUX

PRINCIPES GÉNÉRAUX DE LA COMPENSATION EN

MATIÈRE DE FAILLITE

De tout ce qui précède il résulte que les principes généraux, consacrés implicitement par notre législation, en ce qui concerne les effets de la faillite sur la compensation peuvent se résumer dans les deux règles suivantes ;

1^o La compensation légale (et aussi la compensation judiciaire) peut seule s'opérer durant la période suspecte, toute compensation volontaire demeurant alors impossible (art. 446. C. civ.)

2^o Ni compensation volontaire, ni compensation forcée (légale ou judiciaire) ne se peuvent opérer après la déclaration de faillite. (art. 443. C. civ.)

Mais l'application rigoureuse de ces règles conduit nous le verrons, aux résultats les plus choquants, bien souvent contraires aux usages du commerce, et à son intérêt véritable. Aussi, notre Jurisprudence n'a-t-elle pas hésité à reculer devant certains de ces résultats, Elle a, par d'importantes exceptions, battu

sérieusement en brèche le principe qui repousse la compensation en faillite.

On peut dire en thèse générale que toutes les exceptions de la Jurisprudence se rattachent à cette idée que là où il existe des créances et dettes réciproques, dérivant d'une même source, entre deux personnes dont l'une vient à être déclarée en faillite, ces créances et ces dettes doivent équitablement entrer en ligne de compte lors du règlement unique auquel il sera procédé entre ces deux personnes, en vertu des conventions des parties ou de la nature des choses, et se trouver soumises, malgré la faillite, à la compensation.

A. — La Jurisprudence a tout d'abord admis la Compensation en faillite, quand cette Compensation pouvait être considérée comme l'exécution naturelle et légitime d'une convention expresse ou tacite, antérieure à la faillite, et que celle-ci ne peut équitablement annuler.

Ainsi la Cour de Lyon, par arrêt du 31 déc. 1847, (1) a jugé que l'art. 446 C. co. n'était pas applicable au cas où le paiement n'était que l'exécution d'une convention, antérieurement passée entre le failli et son créancier, d'après laquelle le premier devait faire ses paiements en marchandises.

De même encore la Jurisprudence a écarté l'application de l'art. 446, au cas où un failli en temps

(1) Sirey 1848, 2. 351.

suspect, se libère par une dation en paiement rigoureusement prohibée par la loi, mais convenue d'avance. La Cour de Nîmes a décidé que les livraisons de marchandises faites par un négociant dans les 10 jours de la cessation des paiements en exécution d'une convention antérieure par laquelle il s'était engagé à effectuer ces livraisons jusqu'à concurrence d'avances à lui faites, ne devaient pas être considérées comme un paiement en marchandises nul aux termes de l'art. 446 C. co., mais comme l'exécution d'un marché à livrer (2).

Dans une espèce toute récente, soumise à la Cour de Lyon, apparaît très nettement l'idée dominante de la Jurisprudence à ce point de vue.

Il s'agissait de la vente d'un fonds de commerce dont le prix payé pour partie comptant, avait été pour le surplus stipulé payable ultérieurement; par compensation avec les fractions exigibles à diverses dates, et au fur et à mesure des échéances, d'une dette antérieure du vendeur envers l'acheteur. Le vendeur avait été déclaré en faillite et sa faillite reportée au jour même de la vente. En ce qui concernait les fractions de la dette du vendeur échues au jour de la cessation des paiements, il était tout naturel de les déclarer compensées de plein droit, à la date de la cessation des paiements, avec la partie correspondante du prix de vente restant dûe; on ne

(2) Nîmes 9 novembre 1863, S. 1863. 2. 244.

pouvait en effet invoquer contre cette compensation les nullités de l'art. 446, puisqu'il s'agissait de compensation entre créances toutes deux exigibles et liquides. Quant aux fractions de la dette du vendeur venant à échéance postérieurement à la cessation des paiements, la Cour de Lyon a décidé qu'elles s'étaient compensées à due concurrence avec le surplus du prix : « Attendu dit l'arrêt, que..... à la vérité cette
« portion de la créance due par le vendeur à l'acqué-
« reur n'étant point encore arrivée à échéance à la
« date du 26 novembre 1896 (date de la vente et de
« la cessation des paiements.), la compensation
« stipulée de ce chef dans l'acte de vente tomberait
« sous l'application de l'art. 446, *si elle était prise*
« *isolément*, et devrait être annulée ; mais que ce
« n'est pas ainsi que cette stipulation doit être prise.,
« Attendu que des clauses, conditions et stipulations
« de l'acte de vente du 26 novembre 1896 et de son
« économie, ainsi que des circonstances dans les-
« quelles il est intervenu, il ressort que cet acte doit
« être apprécié dans l'ensemble des *deux stipula-*
« *tions de vente et de paiement et non pas dans*
« *chacune de ces deux stipulations prises isolément ;*
« que X... n'aurait pas consenti à devenir acquéreur
« du fonds de Y... si, pour toute la portion du prix
« non payée en espèces, il n'avait pas pu se libérer
« par compensation, alors qu'il était créancier de
« son vendeur de 53.000 francs ; que la stipulation

« de vente et celle de compensation pour partie du
« prix formaient une convention unique ; que sans
« la seconde, la première n'aurait pas eu lieu, la
« disposition contenant vente ayant été subordonnée
« à celle relative au paiement par compensation ;
« qu'elles sont indivisibles entre elles et que la
« nullité de l'une ne pourrait être prononcée sans
« entraîner la nullité de l'autre. » (Lyon 9 août
« 1898) (1).

Nous avons cité les motifs de cet arrêt parce qu'ils révèlent avec une grande netteté la doctrine de la Jurisprudence en cette matière, mais nous ne croyons pas qu'en l'espèce la Cour de Lyon ait fait une application très judicieuse de ces principes. Ils peuvent sans aucun doute être invoqués à bon droit pour les fractions de la dette du vendeur non encore échues au jour de la faillite et que le jugement déclaratif a rendues exigibles en vertu de l'art. 444 C. co. Nous avons vu en effet que l'exigibilité ainsi produite n'autorisait pas la compensation. Celle-ci n'ayant pu en droit strict s'opérer d'elle-même, on comprend fort bien que la Jurisprudence mette en avant les motifs sur lesquels elle base son droit prétorien pour déclarer cette compensation effectuée. Mais pour les fractions venant à échéance pendant la période suspecte, jusqu'à la veille même de la faillite, la compensation légale s'est opérée tout naturellement au

(1) La Loi du 28 décembre 1898.

fur et à mesure des échéances. Ici le droit commun suffisait.

Toutefois, l'espèce la plus importante, celle qui forme véritablement comme le nœud de tout ce développement de Jurisprudence que présente l'application du principe qui prohibe la compensation en faillite, celle à laquelle il semble qu'on pourrait rattacher toutes les autres espèces sur lesquelles les tribunaux ont eu à statuer, est celle du compte-courant. Car dans toutes ou presque toutes se rencontre une situation telle qu'il y a lieu entre les parties à un règlement de compte. Pourtant nous rencontrerons d'autres hypothèses qui se présentent sous un aspect différent de celui du compte-courant, et qui présupposent comme un mandat de gestion exprès ou tacite dont elles sont le développement. Nous verrons néanmoins que la Jurisprudence tirant argument de ce qu'elles présentent des éléments crédi-teurs et débiteurs, a tenté de les assimiler au compte-courant.

C'est par cette espèce que nous commencerons ; nous examinerons ensuite les autres exceptions au principe consacrées par la Jurisprudence.

B. — COMPTE-COURANT

Dans la vie commerciale il arrive nécessairement que deux personnes aient entre elles des relations d'affaires. Or le compte-courant suppose qu'il inter-

vient entre deux personnes des opérations diverses et successives : vente, achat, paiements soit en espèces, soit en marchandises, soit en effets de commerce, remise d'effets à l'escompte, etc. ; mais cette succession d'opérations n'implique pas à elle seule l'existence entre ces deux personnes d'un contrat de compte-courant. Il faut pour qu'il y ait compte-courant que la volonté des parties se soit emparée de ces opérations jadis distinctes, indépendantes l'une de l'autre, leur ait fait perdre leur individualité primitive en les jetant toutes dans le moule d'un contrat unique. C'est ce contrat qui est le contrat de compte-courant ; contrat synallagmatique en vertu duquel l'effet créateur d'obligations des actes juridiques qui y sont soumis se trouve provisoirement suspendu et remplacé par l'obligation, pour la partie qui remet à l'autre une valeur de la débiter de cette valeur et pour la partie qui reçoit cette valeur (*récepteur*) de créditer son correspondant (*remettant*) de la même somme. Des contrats successifs ont eu lieu entre les parties, ces contrats, conformément au droit commun devraient engendrer au profit et à la charge des parties des obligations, créer telle partie créancière, telle partie débitrice. Mais le contrat de compte-courant vient modifier par avance les effets de ces contrats, et leur fait perdre leur individualité pour les remplacer par des articles de débit et de crédit.

Le but des parties, ce qui est de l'essence même d'une telle convention, ce qui constitue la perfection du contrat c'est l'établissement d'un solde final créateur d'obligations au profit de l'un ou l'autre des correspondants, solde obtenu par la balance, l'absorption des articles de débit et de crédit éléments du compte. L'utilité pour les parties de *travailler* ainsi *en compte-courant*, suivant l'expression consacrée, c'est de régler en une seule fois au moyen d'une quantité relativement faible, peut-être nulle, de numéraire, des opérations parfois considérables, dont le règlement séparé eut exigé un grand maniement de fonds,

Car les parties ont renoncé à régler isolément les diverses opérations qui sont rentrées dans le compte sous forme de crédit et de débit. Aucune d'elles ne peut donc en réclamer le paiement en se disant créancière : un article de crédit ne constitue pas en effet une créance, un article de débit une dette ; l'un et l'autre font partie d'un ensemble indivisible le compte-courant et sont destinés à se confondre, à s'aborder mutuellement aux époques convenues, pour former un solde créditeur seule créance véritable, exigible, Mais tant que dure le compte, il n'y a pas de créance, et il ne peut s'agir de paiement, Il ne peut s'agir non plus de compensation légale (1). Ce n'est en effet

(1) Cass. 17 janvier 1849 S. 1849 I. 228.

qu'après la clôture du compte lors du règlement, qu'il y a lieu à compensation des articles de crédit et de débit, et la compensation qui s'opère alors n'est pas encore la compensation légale, mais une compensation spéciale et conventionnelle.

Il s'agit maintenant de savoir quels seront les effets de la faillite d'un des correspondants sur la marche d'un compte-courant, de savoir si cet événement n'empêchera pas de s'effectuer la compensation que les parties ont entendu proroger.

Il est tout d'abord un fait certain, c'est que la déclaration de faillite (ou la mise en liquidation judiciaire) met fin au compte-courant qui sera liquidé au jour du jugement de faillite ou de liquidation. La faillite jette sur la vie commerciale de celui qu'elle atteint un profond discrédit. Or le contrat de compte-courant, ainsi que l'indique un arrêt, est subordonné à l'*intuitus personæ* et l'on s'explique très bien que l'état de faillite ou de liquidation entraîne la clôture immédiate du compte. Il est clair d'autre part que le failli dessaisi de l'administration de ses biens par le jugement déclaratif ne peut plus continuer à faire des opérations en compte-courant. Cette dernière raison, la seule juridique, commande cette solution. La jurisprudence est d'ailleurs unanime sur ce point, (V. cass. 13 mai 1835 S 1835 I. 707. — 20 juillet 1846 S 46 I. 875, — 18 juillet 1887. D. 87. I. 278. Poitiers, 7 novembre 1898, La *Loi* du 20 décembre 1898.

Aucune remise ne peut donc être faite soit au failli, soit par lui, et aucun article de crédit ou de débit ne peut plus entrer en compte après la déclaration de faillite de l'un des correspondants. Si en fait des remises ont eu lieu depuis la faillite elles devront être écartées du compte.

Enfin, si plus tard le failli est remis à la tête de ses affaires, à la suite d'un concordat, cet acte ne peut avoir pour effet de faire revivre le compte-courant qui a été définitivement arrêté, et si de nouvelles opérations ont eu lieu entre le failli concordataire et son ancien correspondant, il ne peut s'agir là que d'un nouveau compte-courant (1).

Mais les remises continuent à pouvoir être valablement faites après la cessation des paiements, jusqu'au jugement déclaratif (2).

1. Cass. 8 mars 1897. *Loi* du 15 avril 1897. Lyon. sur renvoi après Cass. 26 Mai 1898. — *Loi* du 15 janvier 1899.

2. Au sujet de la clôture forcée du compte par la faillite on peut relever une différence entre la faillite et la saisie-arrêt. La faillite, nous venons de le voir, arrête le compte-courant qui fonctionnait antérieurement entre le failli et un tiers. Il a été jugé au contraire que la saisie-arrêt ne pouvait avoir pour effet d'interrompre les opérations d'un tel compte avant le terme convenu entre les parties. Trib. Seine 6^e Ch. 26 janvier 1898. *Le Droit* du 11 mars 1898.

La saisie-arrêt ne saisit en effet le patrimoine du saisi que d'une façon partielle et déterminée; la faillite opère à la façon d'une saisie générale et englobe le patrimoine tout entier; elle l'immobilise tout entier au jour de la faillite et ce au profit de tous les créanciers. On comprend donc que les effets de la saisie-arrêt soient moins étendus que ceux de la faillite, les droits des tiers au surplus n'étant pas en cause du moins aussi directement. Toutefois si les effets de l'une et de l'autre

Ainsi donc, deux personnes travaillant en compte-courant se sont fait mutuellement des remises, survient la faillite de l'une d'elles, ou sa mise en liquidation. Le compte se trouve clôturé, et il reste dès lors à en opérer le règlement.

Quel sera dans ce règlement le sort des remises, toutes nécessairement antérieures à la faillite ? Seront-elles toutes compensées, en vue de l'établissement du solde créditeur, ainsi qu'elles le seraient si le compte-courant avait pris fin alors que les deux correspondants étaient encore *in bonis* ?

Nous avons vu que pendant la durée du compte la compensation légale était impossible. Les articles de crédit n'ayant aucun caractère d'exigibilité ni de liquidité, ont donc continué à vivre face à face sans pouvoir se pénétrer. Nous les retrouvons avec les mêmes caractères d'inexigibilité et d'illiquidité lors de la clôture du compte amenée par la faillite. Aucune compensation ne les ayant absorbés avant la déclaration de faillite, il est trop tard pour qu'elle puisse désormais intervenir, puisqu'il est de principe que celle-ci n'est plus possible après la déclaration de faillite entre le failli et ses créanciers. En droit strict, on devrait donc décider qu'il ne saurait y avoir

tre n'ont pas la même portée, leur nature est la même. Pas plus que la faillite, la saisie-arrêt ne frappe sur les articles de crédit portés au compte du débiteur; c'est seulement sur le solde du compte tel qu'il sera établi à l'époque fixée par les parties que la saisie-arrêt s'exercera.

lieu après le jugement de faillite à compenser les articles de crédit et de débit d'un compte-courant.

En outre, en ce qui concerne plus spécialement les remises en compte faites pendant la période suspecte, depuis le dixième jour qui précède la cessation des paiements jusqu'au jour du jugement déclaratif, ne peut-on, en faveur de cette solution, tirer argument de l'article 446 ? Ne peut-on prétendre que tenir compte des remises faites en temps suspect c'est permettre au commerçant qui se voit acculé à la faillite, d'avantager son correspondant au détriment de la masse ? S'apercevant en effet que le compte existant entre eux laisserait contre lui, s'il était clôturé par la faillite un solde débiteur, le correspondant du failli ne va-t-il pas pouvoir par une remise nouvelle faire remonter le compte, au point de rendre équivalents les articles de crédit et de débit, ou tout au moins de diminuer l'écart entre eux, amenant ainsi une compensation prohibée ?

Autant de bonnes raisons, semble-t-il, pour ne point faire admettre la compensation des articles de crédit et de débit.

Et pourtant, on est d'accord pour décider que le compte-courant, même au cas de faillite sera réglé d'après l'état de situation qui résulte de la dernière négociation régulière faite entre les parties : le correspondant qui se trouvera créancier se présentera à la vérification, on examinera les comptes, la com-

pensation s'opèrera et le créancier sera admis pour le solde à concourir avec les autres créanciers du failli.

Comment expliquer cette brèche au principe ?

C'est qu'en matière de compte-courant, il ne s'agit pas de compenser légalement deux dettes distinctes devenues exigibles et liquides après la faillite, c'est à dire à un moment où toute compensation est devenue impossible. Les articles de crédit et de débit ne donnent pas naissance à des créances et à des dettes, et il ne peut s'agir de compenser des dettes qui n'existent pas.

Il s'agit en effet ici d'une compensation spéciale, conventionnelle en quelque sorte, puisqu'elle est l'exécution d'une convention antérieure à la faillite, et d'une convention synallagmatique, dont tous les éléments sont indivisibles et doivent rester tels conformément à la volonté des parties. Car le but des parties n'est vraiment atteint qu'autant que cette compensation est effectuée, et que le solde est définitivement établi. Ce qu'il y a ici de spécial, c'est que la faillite, au lieu de rendre impossible cette compensation, la précipite, et se trouve en être ainsi la cause directe.

» Le compte-courant, dit M. Labbé, est une convention de compensation qui, faite par des personnes *integri status*, et exécutée loyalement, ne rencontre aucun obstacle dans l'état de faillite et

» la loi de l'égalité dans le malheur. Cette compen-
» sation qui est l'exécution normale d'un contrat
» inattaqué n'a rien de commun avec ces compensa-
» tions accidentelles, plus ou moins arbitraires, dans
» lesquelles l'article 446 aperçoit une fraude possi-
» ble, et que le dessaisissement rend absolument
» impossibles. » (1)

L'article 446 C. Com. n'a en effet rien à voir ici. Ce texte déclare nuls, s'ils sont faits en temps suspect
« tous paiements, soit en espèces, soit par transport,
» vente, compensation ou autrement, pour dette
» non échues, et pour dettes échues tous paiements
» faits autrement qu'en espèces ou effets de commerce. »

Pour que cet article trouve ici son application il faudrait que les remises en compte-courant fussent des paiements. Or, nous l'avons vu, les remises en se succédant les unes aux autres, jusqu'à la clôture du compte laissent en suspens entre les parties la qualité de débitrice ou de créancière. Les remises, qu'elles soient en espèces, en marchandises ou en effets de commerce ne sont donc pas des paiements, puisqu'il n'existe pas de dette à éteindre au moment où elles ont lieu. Puisque les remises ne constituent pas des paiements, ou plus exactement des datations en paiement de dettes échues ou non échues, la disposition de l'article 446 est inapplicable, et les

(1) Note sous deux arrêts l'un de la Cour d'Amiens du 16 mai 1877, l'autre de la Cour de Caen du 27 juin 1874. S. 1879. II 145.

remises, pourvu qu'elles soient l'exécution loyale et régulière de la convention, peuvent être valablement faites après la cessation des paiements.

D'ailleurs quelle a été la pensée du législateur en édictant l'article 446 ? Empêcher un commerçant aux abois d'avantager un de ses créanciers au dépens des autres par des paiements anticipés ou des dations en paiement déloyales. Ce danger n'est pas à craindre en matière de compte-courant où les remises sont les conséquences de l'exercice régulier du commerce des parties.

Au surplus les travaux préparatoires de la loi des 28 mai, 8 juin 1838 ne permettent pas un instant de douter de l'exactitude de cette solution.

En effet dans son dernier rapport à la Chambre des Pairs, M. Tripier s'exprime ainsi : « Le créancier » qui, acceptant un mode de libération inusité, reçoit » des marchandises ou des effets mobiliers au lieu » d'espèces, doit être présumé avoir connu l'em- » barras de son débiteur et avoir fait fraude à la loi » d'égalité qui doit dominer les créanciers. Mais il » faut que l'opération ait le caractère d'un véritable » paiement ; qu'elle ait pour objet d'éteindre une » dette qui avait été créée en espèces et qui devait » être acquittée en valeur. Des envois respectifs de » marchandises, destinés à se balancer réciproque- » ment, n'auraient pas le caractère de paiement pro- » hibé, surtout s'ils avaient été précédés d'une série

» d'opérations de même nature qui constateraient, de
» la part des négociateurs, un usage auquel ils se
» seraient conformés sans fraude. »

Ainsi les remises en compte, ayant lieu en vertu d'une convention inattaquable, antérieure à la faillite ne constituent pas des paiements en marchandises ou avant terme, prohibés par l'article 446 C. Com.

Toutefois, si les remises ne sont pas des paiements, ce sont des actes à titre onéreux, et à ce titre, si elles sont entachées de fraude (la fraude consiste ici dans la connaissance par le récepteur de l'état de cessation des paiements du remettant), et si elles interviennent après la cessation des paiements (1), elles peuvent être annulées par le juge en vertu de l'art. 447 du C. Com.

Après quelques hésitations la jurisprudence a fini par admettre d'une façon constante ces deux règles.

La cour de cassation a jugé par arrêt du 10 mai 1865 (2), que la remise d'effets de commerce faite en compte courant à l'un de ses créanciers par un failli en temps suspect, ne constituait pas un véritable paiement dans le sens de l'article 446.

(1) Les remises faites antérieurement (et même dans les dix jours qui précèdent la cessation des paiements) ne pourraient être annulées qu'en vertu de l'art. 1167, C. Civ. (action paulienne).

(2) Sirey, 1865 I. 277. voyez encore : cass. 20 mai 1873 S. 1873 I. 396. Cass. 8 mars 1882, Journ. faill. 1882 p. 175. — 26 juillet 1882, Journ. faill. 1882 p. 403. Cass. 22 avril 1884 Journ. faill. p. 324 2 mai 1893. Journ. Faill. 1893 p. 344.

De même, il a été jugé que ce texte ne pouvait être appliqué à l'envoi de marchandises opéré en vertu de conventions antérieures pour garantir des avances faites ou à faire par le destinataire, qui avait mandat de les vendre, alors que le prix à provenir de cette vente devait être inséré dans le compte courant existant entre les parties.

Enfin par un arrêt du 15 février 1875 (1), la Cour de Cassation, complétant sa doctrine a décidé que les remises de marchandises en compte-courant ne tombaient pas sous le coup de la nullité absolue de l'art. 446, mais étaient annulables en vertu de l'art. 447 C. Com. (V. depuis Cass. 8 décembre 1875. D. 1876 I. 105).

Cette jurisprudence a été suivie par celle des Cours d'Appel V. Lyon 5 mai 1882 D. 1883 II 235. — Amiens 22 janvier 1885. Journ. faill. 1885 p. 114. — Lyon 26 juillet 1888 S. 1890 II 169. — Caen 28 janvier 1884 Gaz. Pal 1884. 2 558.

Les auteurs admettent également cette solution. (V. Lyon Caen et Renault. Traité de droit commercial, tome IV n° 830 bis. Bédarride Faillite I n° 112. Alauzet, comm. c. com. VI n° 2512. Boistel. Précis n° 881. — Thaller. Traité élém. de dr. com. n° 1430.

Il y a donc unanimité dans la Doctrine et la Jurisprudence pour décider que les remises en compte-courant sont valables malgré la faillite, qu'elles doivent

(1) Sirey 1875. I. 360

être portées au compte et compensées lors du règlement.

Toutefois une question a été soulevée au cas où les remises ont lieu en effets de commerce. Les remises en compte-courant ont pour effet de transmettre au récepteur la toute propriété des valeurs remises. Il en résulte qu'en aucun cas les remises ne pourront faire retour à l'envoyeur qui en a dès la tradition perdu sans retour la propriété. Cet effet se produit naturellement en ce qui concerne les remises d'effets de commerce, et la circonstance que les effets ont été transmis en compte s'oppose à leur revendication par l'envoyeur.

Mais cette transmission irrévocable de propriété suivie d'un crédit irrévocable donné par le récepteur au remettant peut n'être pas sans inconvénient au cas de remise d'effets de commerce. En pareil cas la propriété des effets se trouve en effet transmise lors de l'endossement. Or il se peut que l'effet remis, et porté au crédit du remettant revienne impayé à son échéance. En droit strict, bien que le récepteur ait donné au remettant, un crédit pour une valeur qui en réalité lui échappe, l'inscription est définitive et ne peut être supprimée, à moins que par une clause spéciale appelée *clause sauf encaissement* il ne se soit réservé le droit d'annuler le crédit donné lors de la remise. Par cette clause le récepteur déclare ne vouloir devenir débiteur de la valeur des effets que si

ceux-ci sont payés à leur échéance. Il entend qu'on lui garantisse la solvabilité du signataire des effets. Mais en pratique cette clause est très rare, et si le récepteur ne l'a pas formulée soit au début du compte-courant, soit lors de la remise, il semble qu'on ne puisse la sous-entendre.

Cependant de puissantes considérations pratiques ne doivent-elles pas faire fléchir cette légalité rigoureuse ? On ne peut admettre en effet que celui qui a accepté des valeurs de son correspondant ait entendu les faire siennes *a priori* sans connaître auparavant la solvabilité du signataire des billets. Sans doute, nous entendons bien que le récepteur conserve contre le remettant le droit d'agir en garantie, mais ce sera là un procès long et coûteux, et n'est-il pas préférable d'arriver au même résultat par une simple annulation du crédit donné à tort ? (V. Pardessus. Cours de Droit commercial n° 476).

Cette annulation de crédit se fera au moyen d'une écriture nouvelle : le récepteur des effets ne créditera l'envoyeur que sous condition. Si à l'échéance les effets sont encaissés, le crédit deviendra définitif ; sinon, il sera annulé par une *contre passation* d'écritures, le récepteur débitera le remettant d'une somme égale à celle dont il l'avait crédité (1).

(1) Bien entendu, il appartient au correspondant qui entend annuler ainsi le crédit de faire la preuve du non-paiement des effets à l'échéance. — Trib. Commerce Seine 8 décembre 1897. *Gaz. Pal.* 1^{er} février 1898. 16 janvier 1899. *Le Droit* du 22 février 1899.

Il paraît donc assez naturel et très pratique de sous-entendre dans le compte-courant la clause sauf encaissement.

C'est d'ailleurs la solution qui a prévalu en Doctrine, et celle qu'après de longues hésitations la Jurisprudence a adoptée.

Il est aisé de voir combien la situation serait différente pour le récepteur au cas où le remettant, postérieurement à la remise tomberait en faillite, selon que l'on sous-entend ou non la clause sauf encaissement en matière de compte-courant. Si l'on refuse en effet au récepteur le droit de contrepasser, il en sera réduit à son action en garantie contre le remettant, action qui, en admettant qu'il triomphe ne lui donnera toujours droit qu'à un dividende. Si on l'admet à contrepasser au contraire, il ne subira aucun préjudice du fait que les effets sont revenus impayés (1).

(1) La Cour de Cassation par deux arrêts, l'un du 9 janvier 1838 (D. 1838 I, 50), l'autre du 27 avril 1846 (D. 1846 I. 248) décidait que les effets de commerce portés au compte-courant par endossement étaient réputés à moins de convention contraire, devoir figurer sans condition d'encaissement au crédit du commerçant qui les a transmis, et si par la suite ce commerçant tombait en faillite et que les effets fussent impayés à l'échéance, le correspondant, obligé de les rembourser n'avait d'autres droits que de se présenter au passif de la faillite. — Mais les Cours d'appel, tenant compte de l'usage constant pour le commerçant de ne maintenir en compte que les effets encaissés, opposèrent à cette doctrine de la Cour suprême une vive résistance. V. Nancy 10 décembre 1843 *Journ. Pal.* 1843. 2. 324 C. Paris. 12 novembre 1844. *Journ.*

On a objecté que la contrepassation créait un privilège au récepteur, en lui permettant de compenser la créance née à son profit du remboursement de l'effet impayé, avec les sommes dont il est débiteur envers le remettant failli. Ces raisons ne sont pas décisives. On ne peut voir dans la contrepassation d'écritures, une compensation ; en réalité, le but visé n'est que l'annulation d'un crédit ; sans doute sur les livres des parties il figure un nouvel article, article de débit à la charge du remettant, qui est de nature à balancer l'article de crédit indûment porté au remettant, de la même façon qu'une dette en balance une autre ; mais cela est tout extérieur, pour la commodité de l'opération. Au fond il n'y a pas extinction mais annulation d'une dette. Cette opération est d'ailleurs très légitime, puisqu'elle n'est que l'exécution expresse ou tacite d'un contrat antérieur auquel la faillite ne peut faire obstacle. Au surplus

Pal. 1844 2. 517. — Mais la Cour de Cassation, revenant bientôt elle-même sur sa doctrine, par un arrêt du 10 mars 1852 (D. 1852 I. 77), décida, que la clause sauf encaissement était sous entendue dans les remises en compte-courant. Depuis, cette Jurisprudence n'a pas varié. V. Cass. 25 juin 1862. D. 1862. I. 479. — 10 janvier 1872. D. 72. I. 102. Poitiers, 28 janvier 1878. D. 78. II, 145. Cass. 18 janvier 1887. D. 1887, I. 279. — V. Feitu compte-courant p. 272 et seq.

Caen, 28 janvier 1899 et Montpellier 19 janvier 1899. *Gaz. Pal.* du 9 mai 1899.

Le droit de contrepasser est également reconnu dans la plupart des législations étrangères. V. Projet de Code Portugais art. 361. — Code Roumain 370. Code Italien art. 345. 1°. Code du Chili art. 600.

la contrepassation ne crée pas pour le récepteur une situation privilégiée, elle vient seulement tout remettre en place en corrigeant une erreur.

Cette hypothèse du compte-courant a servi à la jurisprudence de point d'appui pour justifier les brèches de plus en plus nombreuses par elle faites au principe qui proscrit en faillite toute compensation. La Jurisprudence en effet ne s'est pas arrêtée en chemin; elle a fait application de sa doctrine à diverses hypothèses, qu'elle a essayé, avec plus ou moins de succès, de rattacher à celle du compte-courant.

ARRÊTÉ DE COMPTE ORDINAIRE

L'espèce se rapprochant le plus du compte-courant sur laquelle nos tribunaux aient eu à se procurer est celle d'un arrêté de compte ordinaire fait dans l'intervalle compris entre la cessation des paiements et le jugement déclaratif.

Il est généralement admis en doctrine et en Jurisprudence, qu'en matière de compte, les principes qui régissent la compensation légale sont inapplicables. En effet divers articles du compte peuvent être liquides alors que d'autres ne le sont pas, de sorte que la compensation légale devrait être prohibée. Mais cela serait contraire à la pensée des parties, comme à la nature des choses, puisque les divers éléments du compte doivent nécessairement se balancer en vue du résultat final qui est l'établisse-

ment du reliquat qui doit seul constituer la dette à la charge du reliquataire.

Tout compte suppose en effet deux chefs de dettes et de créances opposées qui procèdent d'un marché unique liant deux parties. L'apurement de ce marché comporte nécessairement une balance des articles de crédit et de débit qui, au point de vue du règlement forment un ensemble indivisible.

« Les divers éléments du compte, dit M. Demombyne, ne sauraient être séparés. L'action en reddition de compte procède d'une cause unique. Elle embrasse dans son ensemble indivisible tous les éléments dont il se compose, lesquels doivent se solder par une balance définitive ». (Traité des Contrats V. n° 519.)

Nous retrouvons bien ici la même situation que tout à l'heure en matière de compte courant. La différence entre les deux espèces consiste dans le fait générateur de cette situation. Le compte courant à base dans une convention, ou dans ce fait que les parties se sont en réalité comportées, comme s'il était intervenu entre eux une convention de compte courant. En matière de compte ordinaire, la situation qui nécessite pour les parties un règlement de compte, résulte des circonstances ou de la loi.

On reconnaît également que la faillite ne peut modifier cette situation des parties résultant soit de la loi, soit de conventions antérieures. L'état de

faillite ne fait pas en effet disparaître les conventions antérieures non entachées de fraude, dont le compte est issu; peu importe que l'une des parties ne soit plus *in bonis*, ces conventions n'en doivent pas moins, être exécutées. Le seul changement qu'apporte ici la faillite de l'une des parties, c'est de forcer la partie restée solvable, si elle est en fin de compte créancière, de produire à la faillite pour le reliquat du compte. Mais la masse ne saurait prétendre à un paiement intégral des articles dont elle se trouve créditée, alors qu'elle n'offrirait en échange qu'un dividende à raison des articles dont le failli était débité.

La Cour de cassation a, maintes fois, fait application de ces principes.

Dans une espèce qui lui avait été soumise, les parties avaient arrêté leurs comptes pendant la période suspecte, et, en rendant liquide une dette qui ne l'était pas, avaient ainsi amené par le fait de l'homme, une compensation anticipée. Par son arrêt du 26 juillet 1881 (1) la Cour suprême a décidé que la disposition de l'art. 446 n'était applicable qu'à la compensation conventionnelle en temps suspect entre deux dettes non également liquides et exigibles, mais non au cas où un arrêté de compte fait durant cette période entre le failli et un tiers ayant constitué ce dernier débiteur, le tiers s'est libéré partie en

(1) Sirey 1882. I. 73.

espèces, et partie au moyen de la remise de traites échues souscrites par le failli, lesquelles se sont ainsi trouvées payées par compensation.

Ces principes ont été étendus à un cas nouveau par un arrêt de la Chambre civile du 16 mars 1892 (1). Il s'agissait du paiement de sommes dues à un entrepreneur en faillite contre lequel le propriétaire réclamait une indemnité pour retards dans l'exécution des travaux. La Cour décida que la compensation pouvait être opposée à la demande en paiement de l'entrepreneur pour le montant de l'indemnité allouée. Le contrat ayant fixé les conditions de la construction et les réductions qui pourraient être opérées par suite de retards, la Cour a jugé qu'il y avait compte à faire entre le propriétaire et le syndic de l'entrepreneur, et que ce compte devait comprendre tous les éléments prévus par la convention, sans qu'il y ait lieu de distinguer entre eux.

Jamais, croyons-nous, la doctrine de l'indivisibilité du compte n'avait été aussi étendue. L'espèce en effet semblait peu propice. Au jour de la faillite une seule créance était liquide et exigible, celle de l'entrepreneur. La demande en indemnité du propriétaire ne fut formée que plus tard. Il ne pouvait donc y avoir lieu à compensation à l'époque du jugement déclaratif. Ce qu'on peut dire pour justifier cette décision, c'est que le jugement qui fixait l'indem-

(1) Sirey, 1892. I. 374.

nité avait été déclaratif et non attributif de cette créance, contrairement au droit commun en matière de décision de justice allouant des dommages-intérêts. Dans l'espèce en effet, le principe de l'indemnité était contractuel; quand, à la demande en paiement de l'entrepreneur (ou de son syndic), le propriétaire opposait une demande d'indemnité, il ne faisait, peut-on dire, que réclamer l'exécution intégrale d'un contrat antérieur à la faillite, et par lequel le principe du compte avait été admis (1).

Dans ces différentes espèces, où se trouve écartée l'application de l'art. 446, il faut noter que, comme dans le cas de compte-courant et pour les mêmes raisons, les faits accomplis en temps suspect et qui amènent la compensation, peuvent être frappés par la nullité facultative de l'art. 447 C. co.

(1) La Cour suprême a appliqué ses principes en matière de compte au cas d'ouverture d'une succession bénéficiaire et décidé que l'acceptation sous bénéfice d'inventaire de la succession d'une personne qui se trouve être en compte avec une autre ne modifie en rien la situation des parties. « Le compte, arrêté au jour du décès de la partie, a pu et « dû être réglé ultérieurement d'après tous les éléments dont il se « composait au moment de sa clôture, sans qu'il y eût à examiner si « ces éléments n'étaient devenus liquides et exigibles que depuis l'ac- « ceptation bénéficiaire. »

La succession doit donc payer intégralement tous les éléments du compte à la charge du de cujus, même ceux liquidés depuis l'acceptation bénéficiaire, et ne pas se contenter de les payer au marc le franc. — V. Cass. civ. 8 juillet 1890. S. 1892. I. 373.

C. — ESPÈCES DISTINCTES DU COMPTE-COURANT
CRÉANCES CONNEXES

Nos tribunaux ont eu, nous l'avons dit, à statuer sur un certain nombre de cas, dont l'assimilation avec le compte-courant est moins évidente, et ont fourni en ce qui les concerne des solutions qui révèlent en l'accentuant la tendance de la Jurisprudence à porter atteinte au principe qui prohibe toute compensation en faillite.

Dans les espèces qui précèdent la compensation s'opérait en vertu d'une convention antérieure parfaitement régulière et inattaquable, amenant nécessairement la compensation. Or, le caractère particulier des espèces que nous allons examiner, c'est précisément l'absence de toute convention (expresse ou tacite) de compensation. Et, ce qui supplée en pareil cas à cette convention, c'est une situation de fait spéciale, se produisant dans des conditions déterminées. On peut dire qu'alors ce sont les circonstances elles-mêmes qui se sont imposées au juge et ont eu raison du principe.

Parmi les espèces que nous allons étudier, il en est une particulièrement intéressante; c'est celle du règlement, en faillite, lors de la dissolution de la communauté, des créances et des dettes existant réciproquement à la charge de chacun des époux, tant à raison des reprises de la femme que des récompenses par elles dûes à la communauté.

I^o COMPTE DE COMMUNAUTÉ

L'espèce est la suivante : un commerçant tombe en faillite ; sa femme commune en biens, demande et obtient la séparation de biens. Après avoir renoncé à la communauté, amenant ainsi la confusion du patrimoine du mari et de celui de la communauté, elle a fait liquider ses reprises et se trouve de ce chef créancière de la communauté, c'est-à-dire du mari. Mais en retour la communauté (le mari) a pour une raison ou pour une autre, une créance de récompenses. Si le mari n'était pas en faillite, il n'est pas douteux que les deux causes de créances se neutraliseraient au jour de la liquidation, et que, finalement, la femme (ou le mari) se trouverait reliquataire d'un solde seul exigible. Mais la faillite du mari empêche cette absorption par compensation des créances réciproques de la femme et du mari.

En effet, les reprises d'une part, les récompenses de l'autre, ne sont devenues exigibles qu'à la dissolution de la communauté, par hypothèse (et le plus souvent en pratique) postérieure à la faillite, c'est-à-dire à une époque où toute compensation légale était devenue impossible. (art. 443. C. co.) De plus, si jusqu'à la dissolution de la communauté, la compensation légale n'avait pu s'opérer faute d'exigibilité, après cette époque, elle continue à l'être pour défaut de liquidité. — En outre, l'art. 446 s'oppose

également à ce qu'il soit procédé lors de la liquidation à la compensation des reprises et des récompenses.

Ainsi donc, en droit strict, après la faillite du mari, aucune compensation ne peut plus s'opérer entre les reprises et les récompenses : la femme, sur les poursuites du syndic devra verser intégralement à la masse le montant des récompenses par elle dûes, alors qu'elle ne touchera à raison de ses reprises qu'un dividende proportionnel dans la faillite du mari.

Ce résultat sera le plus souvent inique.

Par exemple, « un mari a fait sur l'immeuble de sa » femme des dépenses plus ou moins utiles ; pour » les payer il a vendu, avec le consentement de sa » femme, un autre immeuble de celle-ci valant » 100.000 francs. — Ou bien encore, et cette espèce fut soumise aux Tribunaux, — un mari a vendu des valeurs mobilières appartenant à sa femme. Il a ainsi touché 100.000 francs qu'il a mis dans son commerce ; puis la femme a doté un des enfants communs, et la communauté a versé de ce chef pour le compte de la femme une somme de 90.000 francs. Le mari tombe ensuite en faillite. Vaut-on dans le dernier cas faire rapporter à la masse par la femme les 90.000 francs donnés aux enfants et n'admettre la femme à la faillite que pour un dividende peut-être insignifiant à raison des 100.000 fr. touchés par le mari ? Il apparaît de prime abord

comme profondément injuste de scinder les deux causes de créances et de faire payer à la femme intégralement les causes des récompenses, alors que la faillite ne lui donnera qu'un dividende pour ses reprises.

Tel serait pourtant le droit strict. Mais à ce droit rigoureux, la Jurisprudence, approuvée d'ailleurs par la doctrine, apporte des atténuations.

La cour de Caen d'abord, par arrêt du 27 juin 1874, la Cour d'Amiens ensuite, statuant le 15 mai 1877 dans une espèce identique (1), ont en effet décidé qu'en cas de faillite du mari, l'article 446 C. co. ne mettait pas obstacle à la compensation entre les reprises de la femme et les indemnités dues par elle à la communauté.

Depuis, la Cour de Cassation par son arrêt du 3 mars 1891 (2) a fait cette doctrine sienne.

On s'accorde à reconnaître que de puissantes considérations militent en faveur de cette solution. « En » pareille circonstance, a-t-on dit, la dissolution et la » liquidation de la communauté et par suite l'exigibilité et la liquidation des obligations réciproques » des époux suivront presque toujours la déclaration » de faillite du mari sans qu'aucune faute soit imputable à sa femme. On ne saurait reprocher à une

(1) Ces deux arrêts sont rapportés dans Sirey, 1879. II. 145, avec une note très remarquable de M. Labbé.

(2) Sirey, 1892 I. 190. V. égal. Angers 11 mai 1891. S. 1892. II. 112.

» femme de n'avoir pas donné la première le signal de la crise en demandant sa séparation de biens d'avec son mari (1) ».

Il y a là sans doute une puissante considération d'équité, mais non toutefois un motif juridique de nature à permettre une aussi grave dérogation aux principes, et il a fallu à la Jurisprudence une base plus solide pour établir sa doctrine.

Lors de la dissolution de la communauté, arrivée d'une manière quelconque, soit par suite de décès, soit par suite de séparation de biens, la liquidation de l'association conjugale s'impose. Le mari, administrateur légal de cette association est tenu de rendre compte des opérations par lui faites depuis le début de l'association. A-t-il touché des capitaux appartenant à la femme ? Il en est comptable vis-à-vis d'elle. A-t-il au contraire payé diverses sommes en l'acquit de celle-ci ? C'est alors la femme qui de ce chef est comptable vis-à-vis du mari. Il y a là, on le voit, tout un ensemble d'articles rentrant dans un compte général, le compte de la communauté dont le mari est le chef.

Telle est la nature des choses dont la Jurisprudence nous a présenté si nettement l'analyse. Dès là que les opérations du mari comme chef de communauté ou comme gérant des biens de la femme, donnent naissance aux éléments divers d'un compte tant que dure la communauté, il n'y a pas de dettes

(1) Labbé, note précitée. S. 1879. II. 145.

distinctes, indépendantes, exigibles et soumises aux règles de la compensation. Il n'y a là que des articles de crédit et de débit (reprises et récompenses) qui font partie d'un compte unique et indivisible, dont le reliquat doit seul pouvoir être exigé.

Cette doctrine du compte indivisible de communauté a été maintes fois consacrée par des arrêts de Cassation et de Cours d'appel, V. Cass. 15 mai 1872. S. 1872 I. 313. Caen 9 juillet 1889 S. 1890 II 73. Besançon 22 juillet 1891 S. 1894. 2. 114. V. Baudry Lacantinerie. Le Courtois et Surville. Du Contrat de mariage II. p. 325.

Il n'est pas question dans les arrêts précités de faillite du mari ; mais il est clair que celle-ci ne saurait influencer sur le règlement du compte de la communauté. Puisque les créances de reprises et de récompenses ne sont que des articles du compte qui se pénètrent et s'absorbent pour ne laisser subsister lors du règlement qu'un reliquat, on ne peut parler ici de compensation proprement dite, et le principe qui l'exclut en faillite ne trouve plus dès lors son application.

C'est à cette doctrine que se sont arrêtées les cours de Caen et d'Amiens en 1874-1877, et plus récemment la Cour de cassation. « Attendu dit la Cour de « Caen, que L..., (le mari) n'a droit qu'à la balance « du compte se composant de la différence entre le « montant des reprises de la femme et des récom-

» penses dûes au mari. » — « Considérant, dit plus explicitement encore la Cour d'Amiens, que les cautions de reprises ou d'indemnités ne sont que les éléments d'un compte indivisible. »

La Jurisprudence semble donc considérer que par le fait du mariage, les époux, bien que l'expression soit un peu exagérée, travaillent en compte-courant. Comment expliquer ce compte forcé résultant pour les époux de l'état de mariage ? Par la situation respective des époux, c'est à dire par la force des choses, — Dans l'association conjugale, la partie n'est pas égale pour les deux associés. Le mari administrateur imposé par la loi des biens communs, et gérant des biens personnels de la femme, est à ces deux points de vue le mandataire obligé de celle-ci. Il est responsable envers elle de sa double administration ; il lui doit des comptes.

Nous avons vu que dans les arrêts des Cours de Caen et d'Amiens, la Jurisprudence s'était déjà arrêtée à cette idée.

Elle y revient d'une façon plus explicite dans l'arrêt de la Cour d'Angers précité du 11 mai 1891, « Le mari, disent les motifs, administre seul les biens de la communauté, il peut les vendre, aliéner, hypothéquer sans le concours de la femme ; il a de plus l'administration de tous les biens personnels de cette dernière, peut exercer seul toutes ses actions mobilières et possessoires, et il est respon-

« sable de tout dépérissement de ses biens personnels résultant du défaut d'actes conservatoires...., le mari est donc un mandataire imposé par la loi, à la femme » (1).

La théorie de la Jurisprudence qui donne aux reprises et récompenses le caractère d'articles de crédit et de débit d'un compte indivisible, a été combattue par M. Labbé.

« Les rédacteurs des arrêts, dit-il, ont essayé de dissimuler le plus possible la compensation pour échapper au texte de la loi... C'est à notre avis substituer des mots trompeurs à la réalité que de parler d'un compte indivisible, et d'éléments qui se pénètrent et se confondent, au lieu de parler d'obligations distinctes qui s'éteignent réciproquement jusqu'à due concurrence par la vertu d'une compensation. » (Note sous les arrêts de Caen et d'Amiens).

1. Bien entendu, la théorie de la Jurisprudence ne s'applique qu'autant que les causes des créances de reprises et de récompenses sont le développement naturel et logique de l'administration maritale. Elle ne pourrait servir à couvrir des actes frauduleux faits entre les époux durant la période suspecte. De tels actes tomberaient sous le coup de l'art. 447. C'est ainsi qu'un arrêt de la Cour de Grenoble du 27 mai 1899 (Le Droit du 11 août 1899), a déclaré nulle la dation en paiement de divers objets mobiliers fait par un mari depuis tombé en faillite à sa femme séparée de biens, les dits objets devant être imputés sur les reprises, à due concurrence, par voie de compensation. On remarquera qu'ici, contrairement à ce qui a lieu d'ordinaire, la séparation de biens avait précédé la faillite.

Après avoir repoussé l'idée du compte indivisible, M. Labbé donne pour base à la solution de la Jurisprudence une idée plus générale. A savoir que la faillite ne peut mettre obstacle à la compensation entre dettes dérivant d'une même cause. « Le » droit romain nous apprend, dit-il, que la compensation entre dettes *ex-cadèm causa* est plus ancienne « que la compensation entre dettes nées ex diversis » causis. — Dans un contrat qui engendre, ou dans « un quasi-contrat qui unit des obligations réciproques, l'une des parties n'est pas tenue d'exécuter, « si l'autre n'exécute pas à son profit le contrat tel « qu'il a été fait, le quasi-contrat, tel qu'il se comporte dans son unité. De même, la femme dont les « reprises et les indemnités sont liquidées peut répondre à la demande du syndic : nous sommes « dans une relation quasi-contractuelle. Si vous « voulez que je m'acquitte, payez vous-même, Payez « en même monnaie que moi, et non pas en monnaie « de faillite. Vous parlez d'égalité entre les créanciers. Il y a une égalité plus nécessaire en Justice, « celle entre les parties qui ont contracté ensemble, « qui, ayant fait une opération à titre onéreux, et « comptant sur l'équivalent des valeurs échangées, « ont, dans cette équivalence même une garantie « contre l'éventualité d'une perte. »

Autrement dit, la femme, pressée d'exécuter son obligation s'y refuse, tant que la communauté n'aura

pas satisfait à la sienne; elle retient par devers elle la prestation à laquelle elle était tenue pour sûreté de celle qui lui est due. Ce refus d'exécution, nous l'avons déjà rencontré; c'est tout simplement l'exercice d'un droit de rétention, « identique dans sa source première au droit de compensation. » Mais nous avons vu que le droit de rétention exigeait la connexité entre les dettes. Où trouver cette connexité dans l'espèce qui nous occupe? Si l'on se place au point de vue étroit d'une connexité formelle, palpable, il est certain qu'on ne peut en principe la trouver entre les dettes de reprises et de récompenses.

Sans doute, parfois en fait on la rencontre dans certaines espèces, comme par exemple dans le cas visé plus haut, où un mari ayant fait sur l'immeuble de sa femme des impenses plus ou moins utiles se trouve de ce chef créancier de celle-ci.

Mais il peut se faire aussi que ce droit à des récompenses soit né au profit de la communauté, sans qu'il y ait entre ce droit et les reprises de la femme, un rapport apparent. Telle est, par exemple l'espèce où les enfants communs ont été dotés par la femme avec des deniers de communauté? Où donc ici la connexité entre les créances de reprises et de récompenses? Il n'y a donc pas là semble-t-il de *criterium* assez sûr pour fonder le droit de rétention.

Et cependant, si l'on considère les choses sous un angle moins étroit, ne peut-on dire qu'il résulte,

de l'unité parfaite avec laquelle se présente l'association conjugale, une certaine connexité entre les dettes des époux ? Assurément les obligations que cette association comporte sont diverses par leur nature, et séparées parfois par leur origine, mais quoique diverses, elles ont pourtant entre elles un certain lien : elles se rapportent toutes à une administration unique. Il y a là un quasi-contrat qui présente une grande unité et qui doit être exécuté dans son entier. — Qu'au cours de l'administration qui lui est confiée par la loi, le mari accomplisse des opérations soit comme chef de communauté, soit comme gérant des biens personnels de la femme, il est toujours, nous l'avons dit, le mandataire obligé de celle-ci, et comme tel comptable envers elle, comme le serait un *negotiorum gestor*. Toutes ses opérations doivent être envisagées comme rentrant dans une gestion unique ; l'une ne peut être raisonnablement appréciée sans l'autre. Il en résulte entre elles une certaine connexité. Cette connexité découle donc de la situation respective des parties, telle que la loi l'a créée. Toutes les opérations faites durant le mariage se rattachent en effet à la responsabilité du mari en tant que chef de communauté et gérant des biens personnels de la femme. Celle-ci est sans doute comptable envers la communauté, c'est à dire envers le mari des récompenses, mais il est juste de balancer cette dette avec sa créance de reprises,

— et de compenser ces dettes réciproques, malgré la faillite du mari.

Ainsi se justifie ce droit de compensation. Notons toutefois que cette théorie du droit de rétention n'est pas aussi éloignée qu'elle peut le paraître de la doctrine de la Jurisprudence. Prétendre que l'association conjugale est un quasi-contrat dont les éléments se tiennent, se pénètrent et s'absorbent, qu'elle présente un enchevêtrement d'obligations nées d'une même cause et comme telles susceptibles de rétention et de compensation, n'est-ce pas reconnaître nécessairement qu'il existe entre les parties un compte unique et indivisible ?

La théorie dont la jurisprudence a fait application au compte de communauté, a été également mise en avant par elle au sujet d'espèces voisines dans lesquelles se présente la liquidation d'un compte, compte de tutelle, — de succession; — liquidation de société.

2^e COMPTE DE TUTELLE

Au cours de sa gestion un tuteur commerçant fait à son pupille et pour le bien de sa gestion, différentes avances. Il y a là, comme au cas de dépenses utiles faites par le mari à propos des biens personnels de sa femme, matière à une indemnité au profit du tuteur. Ce dernier tombe en faillite. Le syndic va-t-il pouvoir exiger avant toute reddition du compte de tutelle, le remboursement intégral

des avances faites par le tuteur à son pupille, celui-ci n'ayant droit pour la somme dont le compte de tutelle le constituera créancier vis à vis de son tuteur, qu'à un dividende dans la faillite? On l'a soutenu en disant que depuis le jugement déclaratif aucune compensation, n'avait pu s'opérer au profit du mineur. — Mais il a été jugé par la Cour de Rouen, le 14 juin 1870 (1), que l'unité du compte de tutelle et l'impossibilité de le scinder, ne comportaient pas l'application du principe qui prohibe la compensation en faillite. C'est toujours on le voit la théorie du compte indivisible. Peut-être cependant la solution doit-elle être autrement motivée. De même en effet que le mari est responsable de son administration, le tuteur est en sa qualité de mandataire du pupille imposé par la loi, comptable de sa gestion. La situation du mineur à l'égard de son tuteur est la même que celle de cette autre incapable, la femme mariée au regard de son mari. Il serait par trop inique de soumettre aux conséquences de la faillite celui que la loi, à raison de sa situation de dépendance, a voulu protéger et garantir. De plus, le mineur a droit à la restitution d'un patrimoine qui ne s'est jamais en droit confondu avec celui du tuteur et qui n'a jamais pu par suite faire l'objet du droit de gage des créanciers de ce tuteur, ni par conséquent

(1) Sirey 1871 II 132. V. égal. Grenoble 9 août 1823. Journ. Pal. 1824 106.

être soumis à la saisie générale qu'entraîne le jugement déclaratif. C'est en ceci que l'espèce se différencie de la précédente. Le mineur se présente comme propriétaire ; la femme, du moins sous la Jurisprudence actuelle, n'est que créancière. Le mineur ne peut donc subir sur son patrimoine que les retenues afférentes aux indemnités reconnues légitimes auxquelles peut prétendre son tuteur en faillite. Ne pas admettre en pareil cas la compensation, ce serait contrairement à tout droit, à toute équité, faire contribuer le patrimoine du mineur au paiement des créanciers de son tuteur.

LIQUIDATION DE SUCCESSION

Un père a fait à l'un de ses enfants un don ou un prêt. Sa succession s'ouvre, et, postérieurement l'héritier donateur ou débiteur, tenu comme tel au rapport de don ou de dette, tombe en faillite. On sait que le rapport d'un cohéritier à la masse successorale s'effectue soit en nature soit en moins prenant. Le premier mode de rapport ne nous intéresse pas, le second seul nous concerne comme pouvant être assimilé à une compensation légale. Il est évident, du moins en ce qui regarde le rapport de dettes que c'est là un véritable paiement, et que si ce rapport a lieu en moins prenant, il s'effectue une véritable compensation légale. Dès lors, on peut soutenir que ce rapport est devenu impossible par suite de la déclaration de faillite du

cohéritier qui y est tenu, et que la masse de ses créanciers venant en son lieu et place à la succession recueillera intégralement la part héréditaire du failli et ne sera tenue en retour qu'à effectuer le rapport au moyen d'un dividende.

Mais la Jurisprudence est contraire; elle décide que la masse devra subir le rapport en moins prenant par imputation sur la part héréditaire du failli, détruisant ainsi à l'égard de la masse successorale les effets de la faillite. — Paris 3 février 1848 — S. 1848. II 121. — Rennes 25 août 1862, S. 1863. II 153. — Bordeaux, 16 août 1870. S. 1872. II. 306. Paris. 29 mai 1884 Journ. Faill. 1884. 393 (1).

Les cours de Paris et de Bordeaux ont traduit en une formule assez saisissante la situation respective en pareil cas des masses successorale et créancière. « Ce n'est pas la succession qui vient à la faillite, disent les arrêts, c'est la faillite qui vient à la succession ». L'égalité des faillites cède ici le pas à l'égalité des successions. Il importe pour que celle-ci ne soit pas battue en brèche, que le rapport s'effectue intégralement.

Quant au motif juridique qui justifie cette dérogation au principe, la Jurisprudence le puise dans cette idée que les droits et les obligations des héritiers

(1). V. Pourtant contrat au cas où l'héritier failli sujet au rapport a obtenu un concordat de ses créanciers : Nîmes 1^{re} juin 1866. S. 1867 II. 8. Cass. 7 avril 1868. S. 1868. I. 448.

dérivant d'une même source sont indivisibles et doivent être envisagés dans une liquidation unique, sans avoir égard à la faillite de l'un des cohéritiers.

3° *Liquidation de société.*

L'hypothèse d'un règlement de comptes entre associés, quand lors de la liquidation de la société, l'un des associés se trouve personnellement en faillite se rattache à la fois à l'hypothèse du compte de communauté et à celle de la liquidation d'une succession. — Le syndic de l'associé peut-il exiger du liquidateur de la société l'intégralité de la part du failli dans l'actif social, le liquidateur ne pouvant pour le remboursement des sommes antérieurement touchées par le failli sur cette part, que produire à la faillite et toucher un dividende ?

Non. — La Jurisprudence déclare, qu'en pareil cas, il y a lieu d'appliquer les règles qui concernent les partages de succession. Or nous avons vu que chaque cohéritier était tenu de faire rapport à la masse successorale des sommes dont il est débiteur envers celle-ci et que ce rapport se faisait en moins prenant. Pareillement, au cas de liquidation de société, la Cour de cassation, estimant que tout partage d'un actif social doit en général s'opérer au moyen d'une liquidation préalable destinée à régler la situation des co-partageants entre eux, a jugé qu'il n'existait entre les associés qu'un compte unique et indivisible dans lequel le rapport des sommes touchées par l'un d'eux

sur l'actif social, avant la liquidation de la société, devait se faire en moins prenant. Le fait que l'associé débiteur de la société est en faillite n'est pas de nature à faire fléchir ce principe. (Cass. 8 février 1882. S. 1882. I. 224).

Au surplus, les droits du failli dans la société, droits soumis au droit de gage de ses créanciers n'existent comme droits liquides qu'après que ce rapport en moins prenant a été opéré. Les créanciers sociaux et les associés du failli ont droit à l'actif social avant les créanciers personnels de l'associé failli.

On s'est encore demandé si un associé commanditaire, débiteur envers la société de sa mise sociale, et son créancier par suite d'opérations distinctes faites avec elle, pouvait, après la faillite de la société opposer la compensation entre sa dette et sa créance.

De deux choses l'une, ou le jugement déclaratif survient après que les créances du commanditaire sont devenues liquides et exigibles, alors que toutes les conditions requises pour la compensation sont remplies ; la faillite ne pourra alors empêcher une compensation légale effectuée. (Rouen 26 juillet 1865 sous Cass. 4 mars 1867 (S. 1867. I. 254).

Ou bien la faillite se produit avant que cette compensation ait pu se réaliser. Y aura-t-il alors désormais compensation possible ? La Jurisprudence semble pencher pour la négative. V. cass. 28 février 1844 (D. 1844. I. 145).

On fait observer que si le commanditaire est créancier de la société, il se trouve débiteur non seulement de celle-ci, mais encore des créanciers sociaux à qui la Jurisprudence donne même une action directe pour exiger le versement de la mise sociale. Il n'y aurait pas par suite à l'égard des créanciers sociaux la réciprocité de créance et de dette qu'exige la compensation.

De plus la mise sociale fait partie du fonds social et forme ainsi le gage des créanciers de la société. L'on ne voit pas pourquoi le commanditaire pourrait à leur égard se créer une situation privilégiée, en obtenant, par la compensation, le paiement intégral de ses créances. La destination de la commandite semble bien s'opposer à cette compensation.

Mais on ne saurait tirer argument de l'action directe donnée aux créanciers sociaux, ni de la destination de la commandite. Les créanciers sociaux ne peuvent avoir sur elle plus de droits que la société, de qui ils tiennent la place. Or le compte qui existe entre la société et le commanditaire est indivisible. Le commanditaire est tenu de verser sa mise, mais après avoir imputé sur elle les créances qu'il a contre la société. Rouen 26 juillet 1865 précité.

Une hypothèse un peu différente de la précédente s'est présentée. Le commanditaire après avoir avant la faillite de la société fourni sa mise sociale en valeurs à négocier, avait même fait à cette société, de-

puis tombée en faillite, des avances excédant sa mise. Il se trouvait ainsi créancier de ces avances et débiteur des frais de négociation des valeurs par lui remises. Le syndic de la société prétendait réclamer au commanditaire le remboursement intégral des frais de négociation et ne l'admettre qu'au passif de la faillite pour les avances par lui faites au delà de sa mise. Mais la cour de Douai et la cour de Cassation ont décidé que les opérations faites entre la société et le commanditaire formaient les éléments d'un compte qui, comme tels, s'étaient compensés malgré l'état de faillite de la société. Douai 21 mai 1861 Cass. 8 juillet 1862. S. 1863 I. 196.

Nous avons ainsi terminé l'étude de la Doctrine et de la Jurisprudence françaises en matière de compensation en faillite.

Si l'on considère le nombre et l'importance pratique des exceptions que la Jurisprudence apporte au principe qui écarte la compensation en faillite, on peut se demander ce qui reste debout de ce principe et si les exceptions n'ont pas absorbé la règle.

On a pu remarquer que pour justifier sa tendance à se libérer d'un principe qu'elle juge excessif, la Jurisprudence s'appuie en somme sur cette idée que là où il y a des obligations réciproques résultant d'un même contrat ou quasi-contrat, ces obligations doivent tout naturellement se pénétrer et se compenser malgré la faillite.

Au fond l'idée qui mène la Jurisprudence est la même qui, à Rome faisait, au début, plus facilement admettre l'absorption par compensation des dettes connexes nées *ex eadem causa*, que celle des dettes nées *ex dispari causa*.

Les créances et les dettes nées de contrats ou quasi-contrats synallagmatiques, engendrant entre les parties des droits et des obligations réciproques ne doivent pas équitablement, au point de vue de leur extinction, être envisagées isolément, comme des rapports de droit absolument distincts, indépendants. Il existe entre les divers éléments de tels contrats ou quasi-contrats une indivisibilité que la faillite ne peut entamer.

Assurément notre terminologie juridique ne connaît plus guère les dettes nées *ex eadem causa* ; ceci c'est du Droit romain sans doute ; mais la situation à laquelle se réfèrent ces expressions, n'en existe pas moins. Et cette situation est telle que, chaque créance étant la cause de l'autre, la loi a dû, pour sauvegarder cette indivisibilité contractuelle édicter des règles pour le cas où l'une des obligations résultant d'un même contrat, resterait inexécutée. Or, l'inexécution par une partie de son obligation autorise la contre-partie à refuser l'exécution de la sienne, et peut même en certains cas, donner lieu à des dommages-intérêts au profit de la partie que lèse cette rupture du contrat (art. 1184 C. civ.). Cela étant, on

ne voit pas bien comment ce droit commun des obligations peut se trouver modifié par l'événement d'une faillite. Ce fait, nous l'avons vu, suspend la vie commerciale et juridique du failli, mais pour l'avenir seulement ; il empêche le failli de contracter dorénavant, mais les contrats antérieurs restent debout, et doivent être exécutés au cours de la liquidation qu'entraîne la faillite. Il n'est fait exception que pour certains actes du failli accomplis au cours d'une période durant laquelle, à raison du désordre croissant de ses affaires, le failli a pu se rendre coupable de fraude à l'égard de la masse de ses créanciers. La loi édicte à cet effet des nullités absolues (art. 446) ou relatives (art. 447) suivant les actes et les circonstances. Mais encore une fois, les contrats antérieurs qui ne sont en rien touchés par ces nullités, doivent dans toutes leurs parties recevoir leur exécution (1).

(1) On peut consulter sur un sujet qui présente avec le nôtre certains points de contacts, l'ouvrage de M. Maurice Pochet : *Des effets du jugement déclaratif de faillite sur les contrats synallagmatiques antérieurs*, Thèse, Paris, 1897.

SECTION II

Législation comparée

Nous n'avons pas l'intention d'étudier dans leurs moindres détails toutes les législations étrangères. Nous nous contenterons d'exposer les principes généraux de celles qui offrent le plus d'intérêt théorique.

La plus intéressante à ce point de vue est sans contredit la législation allemande. C'est d'elle surtout que nous allons nous occuper.

Nous dirons ensuite quelques mots de la législation anglaise.

A. — LÉGISLATION ALLEMANDE

Nous avons vu que dans le système du Code civil allemand la Compensation était opposable aux tiers. C'est là la conséquence de ce que cette législation considère la compensation comme un droit de rétention renforcé. Du jour où la compensation est devenue possible, les parties y ont un droit acquis, la dette devient le gage de la créance. La cession d'une créance même n'y mettrait pas obstacle.

Surviennent une faillite postérieurement au moment où les deux dettes sont devenues compensables, elle sera naturellement sans influence sur la compensa-

tion. La créance du failli contre son débiteur-créancier est devenue le gage de ce dernier, elle est affectée spécialement à sa créance. Cette créance gagée se trouve par suite en dehors de la masse et soustraite à la saisie collective qu'entraîne la faillite.

Voilà, en l'absence même de tout texte relatif à la faillite, la doctrine qui se fût imposée en présence du système allemand de la compensation, tel qu'il ressort du nouveau Code civil.

Mais bien avant celui-ci la loi de faillite allemande de 1877 avait été beaucoup plus loin. Il résulte en effet de cette loi que la faillite, loin d'être, comme chez nous, un obstacle à la compensation, la rend plus facile, et la réalise parfois dans des cas où sans la faillite, elle n'aurait pas eu lieu.

Des trois conditions d'exigibilité, de fongibilité et de liquidité des dettes requises par notre législation pour la Compensation légale, le Code civil allemand, nous l'avons vu, rejette la dernière. Il exige seulement pour que les dettes soient compensables, que toutes deux soient exigibles et présentent à un moment quelconque de leur existence une identité parfaite d'objet.

La loi de faillite s'était dès avant montrée moins difficile, elle a écarté la nécessité de ces deux conditions, de telle façon que pour que la compensation puisse s'opérer en faillite, il suffit que les dettes réciproques existent personnellement entre les deux

parties.

Tout d'abord le terme opposé à une obligation n'est pas un obstacle à la compensation en faillite, la condition non plus. L'article 47 de la loi de faillite de 1877 porte que : « La compensation n'est pas exclue » par le fait que les créances à compenser ou l'une » d'elles sont à terme ou sous condition au moment » de l'ouverture de la faillite... (1) ».

Tout ceci se comprend très bien et apparaît comme une déduction logique, si l'on songe à la doctrine, traditionnellement admise en Allemagne, de la compensation, et qui vient de recevoir tout récemment la consécration législative.

La coexistence de deux créances entre deux personnes crée au profit de chacune d'elles un droit de rétention sur sa propre dette pour sûreté de sa créance ; chacune a, le cas échéant, un droit de gage à faire valoir sur sa dette. La faillite survenant ne fait que précipiter la réalisation de ce droit de gage ; elle est l'occasion d'une liquidation générale du patrimoine du failli. Il est de toute nécessité que les créances contre le failli soient traitées comme si elles étaient exigibles, afin que tous ses créanciers

(1) Die Aufrechnung wird nicht dadurch ausgeschlossen, dass zur Zeit der Eröffnung des Verfahrens die aufzurechnenden Forderungen oder die eine von ihnen noch betagt oder noch bedingt war, oder die Forderung des Gläubigers nicht auf einen Geldbetrag gerichtet war. K. O. 1877 § 47. Cf. Gaius IV § 66 et 67

prennent part à la liquidation, avec les droits qui leur ont été antérieurement acquis.

Cette solution est d'ailleurs très équitable. Chez nous en effet, qu'arrive-t-il en pareil cas? Que le failli soit débiteur à terme ou pur et simple peu importe, toute compensation sera impossible s'il a contre son créancier, quand survient la faillite une créance à terme. Le créancier du failli sera de toute façon réduit à produire à la faillite pour sa créance échue, et payer intégralement sa dette à son échéance. Or on ne voit pas bien pourquoi le terme empêcherait les deux créances de se balancer.

En second lieu, il n'est pas non plus nécessaire que les deux créances réciproques portent sur des objets identiques. Il importe peu que le failli soit créancier de sommes d'argent et débiteur de marchandises; la compensation s'opèrera néanmoins. Le § 1 de l'art. 47 *in fine* décide en effet que la compensation n'est pas exclue par ce fait que « la créance « (contre le failli) n'est pas dirigée sur une somme « d'argent » (*oder die Forderung des Glaubigers « nicht auf einen Geldbetrag Gerichtet war.* ») — Toutes les créances qui ont pour objet autre chose que de l'argent se transforment donc par le fait de la faillite en obligations d'argent, et doivent être estimées à fin de compensation. Car la faillite étant une liquidation des biens du failli, on ne peut faire valoir dans la faillite que des obligations d'argent.

Et l'on comprend très bien de reste d'autre part, que le débiteur du failli qui doit des marchandises et est créancier de sommes d'argent soit tenu, comme le veut M. Thaller, d'apporter à la masse les marchandises par lui dues, sauf à produire à la faillite pour sa créance d'argent. La chose sans doute n'est pas très équitable en pratique, mais elle se conçoit très bien en principe.

La législation allemande étend donc aussi loin que possible la Compensation en faillite.

Le créancier du failli admis à compensation, n'a pas besoin pour obtenir satisfaction de faire valoir sa créance dans la procédure de la faillite ; il est autorisé à se payer par compensation avec sa dette, c'est-à-dire à séparer celle-ci de la masse des biens du failli pour se l'attribuer à lui-même. Mais il faut, et c'est là la seule condition, qui s'impose du reste en bonne logique et en toute équité, que la coexistence réciproque des dettes entre le failli et son débiteur, se soit produite avant l'ouverture de la faillite. Cela ressort nettement des termes du § 48 de la loi de faillite ainsi conçu : « Une compensation dans la
« faillite n'est pas admissible : 1^o Si quelqu'un a
« acquis soit avant, soit après l'ouverture de la
« faillite une créance sur le débiteur commun et n'est
« devenu débiteur de la masse qu'après l'ouverture
« de la procédure ; 2^o si quelqu'un, débiteur du
« débiteur commun avant l'ouverture de la faillite a

« acquis depuis une créance sur le débiteur commun,
« même si cette créance était née auparavant au
« profit d'un autre créancier ; 3^o si quelqu'un, débi-
« teur du débiteur commun avant l'ouverture de
« la faillite a acquis une créance contre ce débiteur
« commun, soit par contrat passé avec celui-ci, soit
« par cession ou par suite du paiement d'un créan-
« cier, alors qu'à l'époque de l'acquisition, il savait
« que le débiteur commun avait cessé ses paiements
« ou que l'ouverture de la faillite avait été sollicitée. »

Exception est faite cependant pour le cas où l'acquéreur aurait été contraint à cette acquisition ou à ce paiement le constituant créancier du débiteur commun.

Toutes les législations du groupe germanique contiennent des dispositions analogues à celles de la loi de faillite allemande.

D'après la *loi de faillite autrichienne*, le créancier de failli garanti par un droit de compensation n'est pas tenu non plus de prendre part à la procédure de la faillite. Le § 20 de cette loi s'exprime ainsi : « Les » créances qui, en vertu d'une compensation surve- » nue avant l'ouverture de la faillite sont à considé- » rer comme éteintes, ne nécessitent aucune produc- » tion dans la faillite ». Il ne faudrait pas entendre ce § en ce sens que la faillite ne détruirait pas l'effet d'une compensation effectuée avant elle ; le texte veut dire que dès que deux créances se sont trouvées

en présence comme compensables avant la faillite, le créancier du failli n'a besoin de faire aucune production (1). — L'art. 21 : « de la même loi reproduit » en substance les mêmes restrictions à la compensation » que la loi allemande. » Le débiteur du failli, dont la » dette étant antérieure à l'ouverture de la faillite, » ne peut opposer en compensation la créance qu'il » a contre lui, lorsque cette créance est postérieure » à l'ouverture de la faillite, ou lorsqu'elle n'a été » acquise d'un tiers qu'après cette époque ».

Les articles 136 et 137 du *Code suisse* des obligations de 1882 consacrent la même doctrine, confirmée depuis par les articles 218 et 219 du projet suisse sur les faillites de 1886 devenu « la loi fédérale sur les poursuites pour dettes et la faillite » des 10 et 11 avril 1889, en vigueur depuis le 1^{er} janvier 1892.

Art. 136. — « Les créanciers ont le droit, dans la » faillite d'un débiteur, de compenser leurs créances, » même si elles ne sont pas échues, avec celles que » le failli peut avoir contre eux, La compensation » n'est cependant pas admissible : 1^o quand un débiteur du failli n'acquiert une créance contre lui » que postérieurement à l'ouverture de la faillite :

« 2^o quand un créancier du failli ne devient qu'à- » près l'ouverture de la faillite débiteur du failli ou » de la masse.

(1). Schrutka Rechtenstamm — Die Compensation im Concurse nach österreichischem Rechte — p. 42.

« En cas de faillite d'une société anonyme, les
 » versements arriérés sur les actions ne peuvent être
 » compensés avec des créances contre la société. De
 » même les obligations au porteur ou les coupons ne
 » peuvent être compensés avec ce qui est dû à la so-
 » ciété ».

Art. 137 « La compensation peut-être contestée lors-
 » qu'un débiteur du failli a acquis avant l'ouvertu-
 » re de la faillite, mais alors qu'il avait connaissance
 » de l'insolvabilité de son créancier, une créance con-
 » tre lui en vue de se procurer ou de procurer à un
 » tiers par la compensation un avantage au préjudice
 » de la masse. Le juge prononce librement en tenant
 » compte des circonstances ».

La compensation des créances en faillite est égale-
 ment admise en Hongrie, en Danemark (1), en Nor-
 vège (2). Le projet sur la faillite en Hollande (art. 53)
 adopte le principe allemand; de même aussi la loi
 de la République argentine (art. 1423 à 1427).

B. — LÉGISLATION ANGLAISE

En Angleterre, ce qu'il y a de particulier, c'est que

1. Loi danoise du 25 mars 1872. art. 15 1^{re}.

2. Loi norvégienne du 3 juin 1874 art. 119-1

« Le débiteur de la faillite, qui est en même temps créancier, peut
 « retenir par compensation, le montant de ce qui lui est dû, même si
 « les conditions de la Compensation n'existent point. Mais il faut qu'il
 « ait acquis sa créance, soit par lui-même, soit par succession avant
 « l'ouverture de la faillite, et que d'ailleurs l'on ne se trouve point
 « dans un des cas suspects dont nous parlerons bientôt. »

la compensation qui y fut longtemps prohibée, abstraction faite de toute insolvabilité du débiteur, fut pour la première fois admise en vue de la faillite. — L'article 38 titre III de la loi de faillite du 25 août 1883 dispose que ; « Lorsqu'il y a des dettes et des créan-
« ces réciproques ou des relations réciproques d'affai-
« res entre le débiteur contre lequel a été rendue
« l'ordonnance de sequestre et une autre personne
« ayant fait admettre ou demandant à faire admettre
« une créance à la suite de cette ordonnance, il doit
« être fait compte de ce que l'une des parties doit à
« l'autre à raison de ces affaires, la somme due à
« l'une doit être compensée avec celle due à l'autre.
« L'excédent (et rien de plus) peut être réclamé
« ou payé par l'une ou par l'autre partie. Mais une
« personne ne peut réclamer, en vertu de la présente
« disposition, le bénéfice de la compensation contre
« le débiteur, si, au moment où elle a fait crédit à
« ce débiteur, elle avait connaissance de quelque
« acte susceptible d'entraîner la faillite accompli
« par lui et dont on peut se prévaloir à son encon-
» tre. »

La législation anglaise, bien qu'au fond consacrant la doctrine allemande, se sépare en un point de la loi de faillite de 1877. En Allemagne en effet, le débiteur du failli qui a à faire valoir une compensation n'a pas besoin de produire à la faillite; il y est tenu au contraire en Angleterre. C'est là en quelque sorte

une application de la compensation judiciaire seule pratiquée dans ce pays.

Enfin, parmi les législations qui n'admettent pas la compensation des créances en faillite, suivant en cela notre pratique, citons la législation belge (1) et la législation italienne (2). De même encore en Portugal, où cependant l'ancien code de commerce (art. 1139) admettait la compensation en faillite quand la créance opposée en compensation par le débiteur du failli était échue et dérivait d'un même contrat que celle du failli.

1. V. pour la Jurisprudence belge : Bruxelles 27 mars 1816. D. J. G. n° 1220, p. 38.

2. V. Galuppi II p. 539.

CONCLUSION

Si nous jetons un regard en arrière, nous trouvons sur la question qui nous occupe deux systèmes opposés.

D'une part le système, qu'on peut appeler français qui prohibe résolument toute compensation en faillite, sauf à admettre quelques dérogations.

D'autre part, le système allemand, de plus en plus en usage dans les législations étrangères, et qui admet la compensation en faillite d'une manière très large.

Quel est de ces deux systèmes le plus conforme aux principes ?

Toute la question repose, selon nous, sur la manière dont on conçoit le fondement juridique de la compensation.

Nous avons vu que la doctrine française considérait la compensation comme un paiement fictif. A ce point de vue, il est hors de doute que notre système est très logique, puisque tous paiements au cours de la faillite, et certains paiements (dont la compensation) durant la période suspecte, sont prohibés.

Mais nous avons admis que la compensation était autre chose qu'un paiement, qu'elle reposait sur une autre idée, sur une idée de rétention, et nous avons trouvé dans le Droit romain un appui pour cette doctrine. Le fondement de la compensation étant un droit de rétention il est dès lors logique d'admettre la compensation des créances réciproques malgré la faillite de l'une des parties, le créancier débiteur du failli se trouvant de par son droit de rétention en dehors de la masse.

On objecte que ce système rompt l'égalité des faillites et crée au profit du créancier-débiteur du failli un privilège injustifié, non prévu par la loi. Cela est vrai sans doute au point de vue de notre droit positif. Mais là n'est pas, nous semble-t-il, la vraie question. Il s'agit de savoir si le système allemand par exemple, outre les caractères indéniables de construc-

tion logique et scientifique qu'il présente, n'est pas conforme à l'équité.

Il est en effet très dur d'obliger le créancier-débiteur du failli à payer intégralement sa dette à la masse, tandis qu'il ne recevra pour sa créance qu'une prestation partielle.

L'équité n'est-elle pas, ce semble, engagée à ce que de deux personnes réciproquement créancières et débitrices, l'une ne puisse exiger de l'autre ce qui lui est dû, sans lui tenir compte de ce qu'elle lui doit ?

Sans doute, au cas de faillite aucun créancier ne peut rendre valable sa créance que dans la procédure commune de la faillite ; cela c'est le droit commun des créanciers ; la situation égale de tous empêche que l'un puisse obtenir une satisfaction séparée. Toutefois ce principe souffre exception en faveur de créanciers qui ont su ou pu se ménager des causes de préférence, gage, hypothèque, ou privilège. Pourquoi le droit acquis à la compensation fondée sur un droit de rétention n'aurait-il pas une conséquence analogue ?

C'est ainsi d'ailleurs que, sous l'empire de sentiments d'équités, notre Jurisprudence assez timidement sans doute est entrée dans cette voie. Elle a admis la compensation malgré la faillite, au cas où il y a connexité entre les rapports de droits réciproques. Son principe rigoureux est dès lors entamé ; ce n'est plus désormais qu'une question de mesure. Là

où elle exige une connexité évidente, les Allemands se contentent de la commercialité des dettes. Mais cette commercialité ne crée-t-elle pas une sorte de connexité ? Est-ce que dans le monde des affaires, toutes les fois qu'une personne fait crédit à une autre ce n'est pas en fait parce qu'elle compte sur sa solvabilité. — et n'est-ce pas aussi avec l'intention d'user avec elle de réciprocité ? Il s'engage alors entre ces personnes des relations d'affaires qui créent entre elles une sorte de compte, dont il est naturel et équitable, malgré la faillite de l'une d'elles, de compenser les divers éléments, pour ne tenir compte que de l'excédent. Car le créancier auquel profite cette compensation n'a traité peut-être avec son débiteur, que parce que la réciprocité des affaires entre lui et ce débiteur le mettait à couvert, lui offrait une garantie, une sûreté.

Le système allemand apparaît à ce point de vue comme très équitable.

Il est enfin tout à fait propre à favoriser le crédit, l'espérance d'être payé au moyen de sa dette, engageant certainement un débiteur à faire à concurrence de celle-ci des avances à son créancier.

Nous croyons pour toutes ces raisons devoir approuver le système allemand de la compensation en faillite et souhaitons de le voir en principe consacrer par nos lois. Et parmi les législations du groupe germanique, la loi Suisse avec la réserve si légitime de

l'art. 137 du Code des obligations, est celle que nous prendrions le plus volontiers pour modèle.

Vu :

Le Président de la thèse,
E. THALLER.

26 septembre 1899.

Vu,

Le Doyen,
GLASSON

Vu et permis d'imprimer :

Le Vice-Recteur de l'Académie de Paris,
GRÉARD

TABLE DES MATIÈRES

DE LA COMPENSATION DES CRÉANCES

DANS LA FAILLITE OU LA LIQUIDATION JUDICIAIRE

	Pages
INTRODUCTION.	1
PREMIÈRE PARTIE. — De la Compensation.	
Historique.	12
Droit romain, p. 12 ; droit canonique, p. 42 ; ancien droit antérieur aux coutumes, p. 43 ; Droit des coutumes p. 45 ; Code civil, p. 49 ; la Compensation dans le Code civil allemand, p. 66.	
DEUXIÈME PARTIE. — De l'Influence de la Faillite sur la Compensation des créances.	
SECTION I. LÉGISLATION FRANÇAISE.	95
CHAPITRE I. Doctrine et Jurisprudence. Principes généraux.	95
CHAPITRE II. — Exceptions apportées par notre Jurisprudence aux principes généraux de la Compensation en matière de faillite	126
A. Exécution d'une convention de Compensation antérieure à la faillite.	127
B. Compte-courant	131
C. Espèces distinctes du compte-courant. Créances connexes.	152
1 ^{er} Compte de communauté.	153
2 ^o Compte de tutelle.	163
3 ^o Liquidation de succession.	165
4 ^o Liquidation de société.	167
SECTION II. LÉGISLATION COMPARÉE.	173
CONCLUSION	183

Imprimerie LUCIEN MARPON, 128, rue d'Alésia, PARIS
